الموسوعة التجارية والمصرفية

المجلد الثاني

التشريعات التجارية والإلكترونية

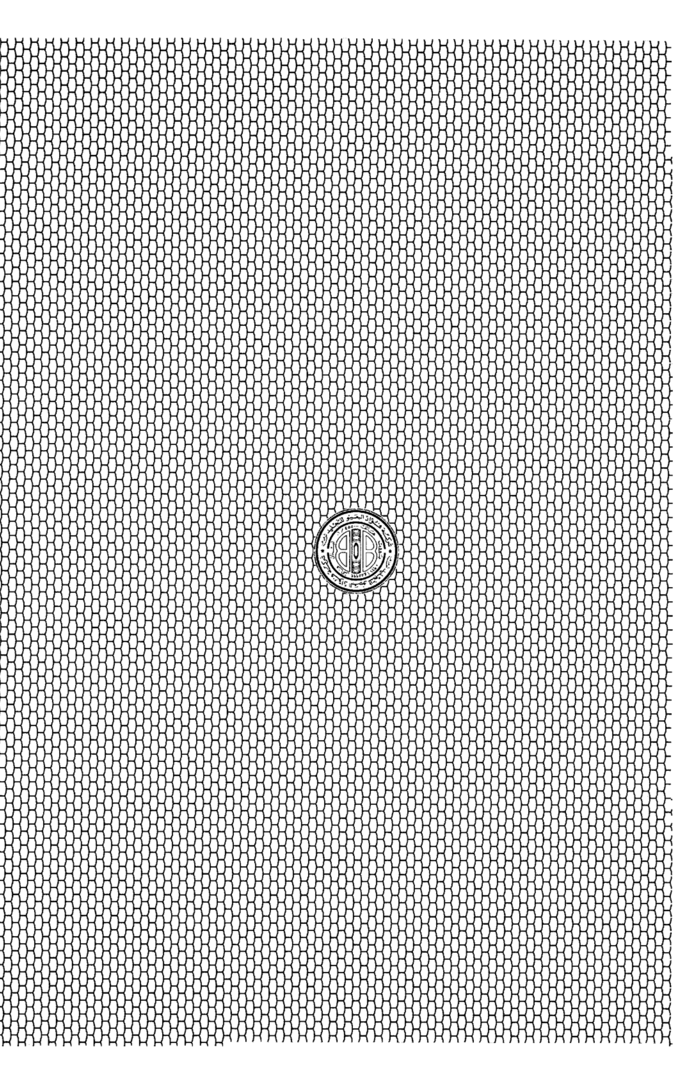
«دراسة مقارنة»

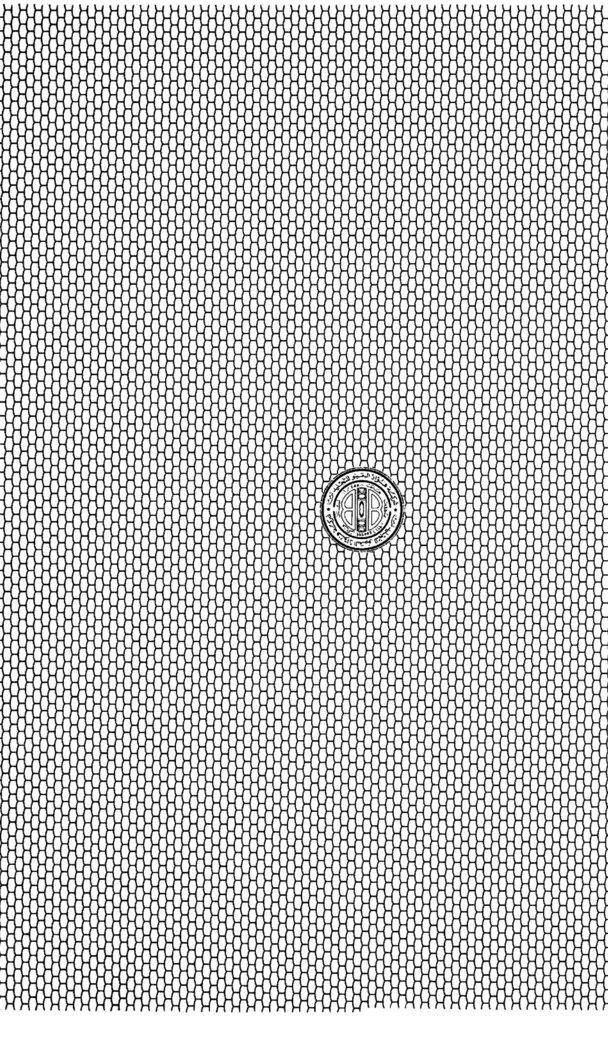
- الأعمال التجارية والتجار والعقود التجارية
- الأوراق التجارية • الشركات التجارية
- المعاملات الالكترونية

محكم وفق المعايير العلمية المعتمدة



الدكتور
محمود الكيلاني
جامعة عمان الأهلية







الموسوعة التجارية والمصرفية

المجلد الثاني

التشريعات التجارية والإلكترونية

«دراسة مقارنة»

المملكة الأردنية الهاشمية/رقم الإيداع لدى دائرة المكتبة الوطنية: (2007/6/1590)

341.75
الكيلاني، محمود محمد
الموسوعة التجارية المصرفية: التشريعات التجارية والإلكترونية/محمود الكيلاني- عمان:دار الثقافة 2009
رقم الإيداع: (2007/6/1590)
الواصفات:/القانون التجاري//التشريعات التجارية والإلكترونية/

• أعدت دائرة المكتبة الوطنية بيانات الفهرسة والتصنيف الأولية

ISBN 9957-16-343-3

الطبعة الأولى / الإصدار الأول - 2007
الطبعة الأولى / الإصدار الثاني - 2008
الطبعة الأولى / الإصدار الثالث - 2009



المركز الرئيسي: عمان - وسط البلد - قرب الجامع الحسيني - عمارة الحجيري
هاتف: 4646361 6 (962 +) فاكس: 4610291 6 (962 +) ص.ب 1532 عمان 11118 الأردن

فرع الجامعة: عمان - شارع الملكة رانيا العبدالله (الجامعة سابقاً) - مقابل بوابة العلوم - مجمع عربيات التجاري
هاتف: 5341929 6 (962 +) فاكس: 5344929 6 (962 +) ص.ب 20412 عمان 11118 الأردن

Website: www.daralthaqafa.com e-mail: info@daralthaqafa.com

تصميم وإنتاج
مكتب دار الثقافة للتصميم والإنتاج

الموسوعة التجارية والمصرفية

المجلد الثاني

التشريعات التجارية والإلكترونية

(دراسة مقارنة)

- الأعمال التجارية والتجار والعقود التجارية
- الأوراق التجارية • الشركات التجارية
- المعاملات الإلكترونية

محكم وفق المعايير العلمية المعتمدة

الدكتور

محمود الكيلاني

جامعة عمان الأهلية



1430هـ-2009م

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿رَبَّنَا لا تُزِغْ قُلُوبَنَا بَعْدَ إِذْ هَدَيْتَنَا وَهَبْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً إِنَّكَ أَنْتَ الْوَهَّابُ﴾

صدق الله العظيم

آل عمران آية (٨)

الفهرس

الباب الثاني
الأوراق التجـارية

الباب الثالث
الشركـات التجاريـة

الباب الرابع
المعاملات الإلكترونية والتشريعات المنظمة لها

توطئــــة

بعد أن صدر المجلد الأول من الموسوعة التجارية والمصرفية وتحدثنا فيه عن عقود التجارة الدولية بما فيها عقد نقل التكنولوجيا من النواحي المختلفة الفنية والعملية والقانونيـة، نتجـه الآن إلى إصـدار المجلـد الثـاني مـن هـذه الموسـوعة وهـو بعنـوان (التشريعات التجارية والالكترونية)، على نحو نناقش فيه الأحكام القانونية والآراء الفقهية واجتهاد القضاء الباحثة في الأعمال التجارية والتاجر والمتجر والعقود التجارية بالإضافة إلى إيجاز عن نشأة القانون التجاري والدفاتر التجارية وحجيتها في الإثبات وكذلك العقود التجارية.

كما سنتحدث بإيجاز عن الأوراق التجارية والشركات التجارية ونحيل إلى المجلدين الثالث والرابع إلى ما ورد فيهما من تفصيل عن الأوراق التجارية في المجلد الثالث والشركات في المجلد الرابع.

وننهي الحديث في هذا المجلد بالتصدي للمعاملات الالكترونية والتشريعات المنظمة لها، وستكون خطتنا لمناقشة موضوعات هذا المجلد مقسمة إلى أربعة أبواب وفق الترتيب التالي:

الباب الأول: الأعمال التجارية والتجار والعقود التجارية.

الباب الثاني: الأوراق التجارية.

الباب الثالث: الشركات التجارية.

الباب الرابع: المعاملات الالكترونية.

الباب الأول

الأعمال التجارية والتجار والعقود التجارية

الباب الأول
الأعمال التجارية والتجار والعقود التجارية

تمهيد:

نظم القانون التجاري العلاقات بين أشخاص القانون الخاص باعتبار هذه العلاقات تتصف بالسرعة والائتمان، ووضع القواعد القانونية المنظمة للمعاملات التجارية بما يعني رغبة المشرع في أن لا يكون الحديث عنها في القانون المدني.

وورد نص المادة ١ من قانون التجارة على النحو التالي: " يتضمن هذا القانون من جهة القواعد المختصة بالأعمال التجارية التي يقوم بها أي شخص مهما كانت صفته القانونية ويتضمن من جهة أخرى الأحكام التي تطبق على الأشخاص الذين اتخذوا التجارة مهنة لهم".

وتتميز العمليات التجارية بالسرعة في تداول السلع والخدمات وسرعة إبرام العقود، وتتضمن الالتزامات كآثار للعقود المبرمة بمناسبة هذه العمليات، وتعود أهمية السرعة كصفة في الأعمال التجارية إلى تحقيق الهدف من التجارة ألا وهو الحصول على الربح مما استدعى وضع القواعد القانونية المنظمة لتلك العمليات والتي تعتبر السرعة عنصراً جوهرياً في الأعمال التجارية.

كما تتميز العمليات التجارية بالائتمان، أي الأجل عن طريق تسهيل الوفاء بالالتزامات التجارية عندما لا يكون بمقدور المشتري ان يدفع ثمن السلع والخدمات التي يشتريها عند إبرام العقد، ولعل الائتمان في العمليات التجارية مناط استمرار تقدمها وتعاظمها وهو عصبها لما يحققه من مصالح للدائن والمدين.

والتجارة أنواع وأصناف، وتكون فردية وجماعية، وهي بحسب الأنظمة اشتراكية ورأس مالية، وغير ذلك من التعريفات المتجانسة والمتباينة، وهي في مجملها أعمال يتوخى القائمون بها تحقيق الربح، ومنذ شهد النصف الثاني من القرن قبل الماضي تطوراً في الأنظمة السياسية، رافق ذلك تطورات في المفاهيم التجارية والأساليب المتبعة بين التجار، حتى ظهر في مرحلة من مراحله ما سماه البعض بـ "دولية الإنتاج".

وهكذا أصبحت العملية الإنتاجية للمشروع الاقتصادي التجاري لا تتم على المستوى القومي فحسب، وإنما على المستوى العالمي بحيث قبل الاقتصاد العالمي تدريجياً المراكز التي كان يشغلها الاقتصاد القومي في البلدان المختلفة، وتولت هذا الدور في عملية الإنتاج العالمية، الشركات العملاقة التي أطلق عليها الشركات (المتعددة القوميات).

كما كرست اتفاقية روما لسنة ١٩٧٥ التي أنشأت السوق الأوروبية المشتركة وجود هذه الشركات، وأعطتها دافعاً للتوجه إلى الدولية في الإنتاج على نحو غزت فيه هذه الشركات الأسواق العالمية، بما فيها الأسواق الأمريكية، ولم تعد الشركات الأمريكية قادرة على احتكار الأسواق العالمية كما كانت في السابق كما لم تعد قادرة على احتكار السوق الأمريكي ذاته.

وبات أمر العمل التجاري العالمي لغزاً لا يكاد الباحث ينفذ إلى حله حتى يجد نفسه أمام لغز أكثر تعقيداً من سابقه، ويتجلى ذلك في التداخل بين العملية التجارية والعمليات المصرفية، بما يعني أن ما أصبحت التجارة تعتمده كأساس لنجاحها هو مدى تلبية النشاط المصرفي لحاجات التجار والشركات، وهو ما فرض على البنوك أن تطور عملياتها التقليدية انسجاماً مع ما تتطلبه العمليات التجارية، على نحو نما معه هذا التداخل ليتناسب مع العمل المصرفي وكبر العمل التجاري حتى أصبح لا غنى لأحدهما عن الآخر.

وهكذا لم تعد مهام البنوك ووظائفها تدور حول عمليات تقليدية مارستها منذ مئات السنين، كقبول الودائع ومنح القروض وتأجير الخزائن الحديدية، بل تعدتها إلى ما توصلت إليه العقلية المصرفية من أساليب ووسائل ابتكرتها تلبية لرغبة وحاجة عملائها.

وأنه في الوقت الذي سعت فيه البنوك إلى تلبية حاجات المتعاملين معها، ساهم الحاسوب في تحقيق أهدافها، وإزاء ذلك بادرت إلى تقديم خدمات مصرفية متطورة معقدة استخدمت فيها بطاقات بلاستيكية حلت محل الأوراق التجارية في مجال واسع، وباتت هذه البطاقات أدوات وفاء وأدوات ائتمان، كما ادخل أسلوب التحويل المصرفي

الالكتروني "السويفت" "Society for World Wide International Financial " Communications"SWIFT"

هذا وأذهل التطور التكنولوجي الكثيرين وغزا نواحي الحياة المدنية، وأثّر على نطاق واسع في أشكال الحياة الاقتصادية والاجتماعية، على نحو بات محتوماً معه أن يتعايش الناس مع هذا التطور وأن لا يقفوا مبهورين به فحسب بل ويتكلمون لغته، مع الأمل ان يرافقه تطور تشريعي ينظم أحكامه وسبل حل منازعاته[1].

ولعل ما يشار إليه كأثر لهذا التطور ما كان متوقعاً ان ينشأ عن كارثة اقتصادية عام ٢٠٠٠ كحادث محتمل، ذلك الأثر الذي حدثنا عنه الفنيون بخصوص الحاسوب، وهو ان الجهاز لا يستوعب ان ٠٠ أكبر من ٩٩. فما أثر مشكلة الكمبيوتر على العلاقات الاقتصادية والاجتماعية والتعاقدية؟ ولعل ما يعنينا منها هو الجانب القانوني كأثر في هذه العلاقات، لأنه كان مشكلة محتملة[2]، وأما دور البنوك في الاقتصاد الوطني والاقتصاد العالمي فلا ينكره أحد، ذلك ان العمليات المصرفية بتنوعها باتت تؤثر في عمليات الإنتاج وتداول الثروات، وبدا هذا الأثر واضحاً في نجاح اقتصاديات كثير من الدول[3].

والبنوك وهي تقوم بوظائفها وتمارس عمليات لا يقوم بها غيرها لجهة خلق النقود والمساهمة في دعم الائتمان وتوجيهه، تشكل ركناً هاماً في اقتصاديات الدول وكذلك العالم. وهو ما ينبني عليه ان يكون للسلطة دور في الرقابة على عمليات البنوك، وذلك حماية للمصالح العليا ومصالح المودعين والمساهمين[4]، وكان ذلك من الأسباب التي سعت بواسطتها الدول إلى تحقيق أهدافها عندما قصرت حق ممارسة العمليات المصرفية على البنوك.

---

(١) راجع في أهمية البنوك د. عدنان الهندي ومحمد جاسر. نشأة وتطور التشريع المصرفي في الأردن.

د. ناظم الشمري. النقود والمصارف ط ٨٨ ، د. عبدالله الملكي. حديث الاقتصاد ط ٨٨.

(٢) أنظر: للمؤلف مجلة جمعية البنوك مقال بعنوان: "مشكلة الكمبيوتر عام ٢٠٠٠" المشكلة. الحل. أيلول ١٩٩٩.

(٣) راجع د. خالد أمين عبدالله ، العمليات المصرفية ط ٨٧ ص١٠.

(٤) انظر د. عدنان الهندي ومحمد جاسر. المرجع السابق ص ٥٠.

وتطورت وظائف البنوك من فكرة الصراف الذي يكسب من مبادلة العملات، سواء أكانت محلية او أجنبية، إلى الكسب عن طريق قبول الودائع التي يضعها العملاء لدى البنك، إلى إقراض أموال المودعين، كما لم يقف تطور وظائف البنوك عند حد حيث أصبحت تقرض الجمهور من ودائع لا تملكها وحتى من ودائع ليس لها وجود "خلق النقود". [1]

وكان من بين وظائف البنوك[2] ما تقدمه للعملاء من تسهيلات متنوعة مقابل عمولة تتقاضاها وفوائد تحصل عليها، كالقروض النقدية والاعتماد البسيط وخصم الأوراق التجارية والاعتماد المستندي والتحصيل المستندي "بوالص التحصيل" والكفالات المصرفية وخطابات الضمان وغيرها من العمليات التي ابتدعتها العقلية المصرفية، كالتعامل بالهامش "بيع الأموال الجائلة "Off Shore"".

ولعل دور الفقه كان رائداً في التعريف بالبنوك والعمليات المصرفية لجهة بيان اختصاصاتها ونشاطاتها وأوجه العمليات والخدمات التي تمارسها وتقدمها ورد كل واحدة من هذه العمليات إلى أساس قانوني.

ويتناسب تنوع الخدمات والعمليات المصرفية التي تقوم بها البنوك مع حاجة التجار، وهذه العمليات لا حصر لها وهي كثيرة ومتنوعة، ومن الصعوبة إدراجها تحت مسميات تعاقدية حسب ما ورد بالقانون المدني، ذلك لأن ما تمنحه البنوك على شكل اعتمادات بالضمان والقبول "تسهيلات مباشرة وغير مباشرة" لا يمكن ان يجد أساسه تحت مسميات العقود المسماة في التصنيفات التقليدية، ولا بد ان يتم البحث عن الأساس القانوني الذي ترتد إليه هذه التسهيلات ليصار إلى وضع التكييف القانوني المناسب لها سواء كان مرد هذا الأساس هو القانون أو العرف أو الاتفاقيات الدولية[3].

---

(١) عرفت معظم التشريعات الأعمال المصرفية بأنها: "جميع الخدمات المصرفية لاسيما قبول الودائع واستعمالها مع الموارد الأخرى للبنك في الاستثمار كلياً أو جزئياً.

(٢) انظر د. خالد امين عبدالله. العمليات المصرفية. ط٨٧ ص ١٠ ويرى ان اصل كلمة مصرف بكسر الراء مأخوذ من الصرف بمعنى بيع النقد ويقصد بها المكان الذي تم فيه الصرف ويقابلها كلمة بنك ذات الأصل الأوروبي المشتقة من الكلمة الإيطالية Banco وتعني منضدة.

(٣) أنظر: د. حسام عيسى. الشركات المتعددة القوميات. بحث منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية. جامعة عين شمس لسنة ١٩٧٦.

هذا ولم تقف التجارة عند حد التعرف المسبق فيما بين البائع والمشتري ولا عند حد تسويق السلع والخدمات ليقبل على شرائها الجمهور، كما لم يكتف التجار بعرض منتجاتهم في معارض كوسيلة لتسويقها، على غرار التجارة العادية، بل تعدت كل هذه المفاهيم التقليدية للعمل التجاري، لتقف على عتبة بوابة تجارية لم يألفها الناس من قبل، وما برحت ان دخلتها بقوة بحيث وجد المتعامل مع التجار والتجارة نفسه في بحر من الأمواج غير المنظمة في العمل التجاري، مما دفع المهتمين من رجال السياسة والاقتصاد والقانون وأصحاب المال إلى البحث عما ينظم هذا النوع من التجارة، على نحو يحفظ لهم دوام التطور في هذه التجارة التي بات يطلق عليها التجارة الالكترونية والتي نظمها القانون المقارن بتشريعات متفاوتة الدرجات من حيث إطلاق الحرية لمثل هذا النوع من التجارة او إبقاء بعض القيود عليها خوفاً من انقلاب الأمور لدى بعض الدول[1].

وسيكون حديثنا في هذا الباب مقسماً إلى ثلاثة فصول نناقش في الأول الأعمال التجارية وفي الثاني التاجر وفي الثالث العقود التجارية.

(١) انظر في ذلك: د. علي جمال الدين عوض. عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط٨٩ ص٢٢، د.محي الدين إسماعيل علم الدين. موسوعة أعمال البنوك ط٨٧. ص٣١، د.سميحة القليوبي. عمليات البنوك والاوراق التجارية ط٨٦ ص٥، د.نجاة بضراني. الائتمان المصرفي بطريق التوقيع. رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة ط٨٧ ص٤.



الفصل الأول
الأعمــال التجاريــة

فرق المشرع بين العمل المدني والعمل التجاري، وأوضح الأهمية في ذلك عندما اخضع الأعمال التجارية لأحكام قانون التجارة بما يتناسب مع طبيعة المعاملات التجارية وما تقوم عليه لغايات تحقيق الربح، وما تتصف به من السرعة والائتمان.

وأوردت الأحكام القانونية في قانون التجارة وصفاً للأعمال التجارية كنظام قانوني لتلك الأعمال، عندما أوجبت التضامن فيما بين المدينين بدين تجاري، ونظمت الإفلاس الذي يلحق التاجر، وأكسبت الأخير صفته عندما يمارس الأعمال التجارية.

كما خصت أحكام قانون التجارة الأعمال التجارية بقواعد لم تخص بها الأعمال المدنية، ومنها قواعد الإثبات على عكس ما هو مقرر إثباته للمواد المدنية، حيث لا تجوز الشهادة او القرائن في إثبات وجودها أو براءة الذمة منها إذا كانت قيمة الالتزام تزيد عن مائة دينار، ما لم يرد نص خاص بالقانون او اتفاق على عكس ذلك[1].

وكذلك أعطى المشرع المدني مهلة للمدين للوفاء بالتزاماته في حين لم يعط المشرع في قانون التجارة مثل هذه المهل إلا في حالات استثنائية، وورد نص المادة ٥٦/١ من قانون التجارة على انه: "لا يحق للمحكمة في المواد التجارية ان تمنح مهلاً للوفاء الا في ظروف استثنائية".

---

(١) انظر المادة ٥١ من قانون التجارة، حيث ورد على النحو التالي: "لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئياً للقواعد الحصرية الموضوعية للعقود المدنية، فيجوز إثبات العقود التجارية بجميع طرق الإثبات مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة"، وانظر: نص المادة ٥٢ من ذات القانون وورد على النحو التالي: "في المواد التجارية يجوز إثبات تاريخ السند العادي بالنسبة الى الغير بجميع طرق الإثبات"، وورد هذا النص على عكس النص الوارد في المادة ١/١٢ قانون البينات المتضمن "ان السند العادي لا يكون حجة على الغير في تاريخه الا منذ ان يكون له تاريخ إثبات".

هذا وميز المشرع في مدة التقادم التي تلحق الالتزامات في المعاملات التجارية عنها في المعاملات المدنية عندما أوضح ان مدة تقادم المطالبة بالحقوق المدنية خمس عشرة سنة[١]، بينما تقادم المطالبة بالحقوق التجارية أقصاها عشر سنوات[٢].

وتتنوع الأعمال التجارية بحسب ما إذا كانت في البر أو البحر أو الجو، كما تتنوع بحسب ما إذا كان المشرع قد أوردها حصراً في نص القانون أو تركها او أعطى وصفاً عنها.

ونناقش هذه الأنواع من الأعمال التجارية في أربعة مباحث نتحدث في الأول عن الأعمال التجارية بحكم ماهيتها الذاتية ونتحدث في الثاني عن الأعمال التجارية التبعية وفي الثالث نتحدث عن الأعمال التجارية المختلطة، أما في الرابع فنتحدث عن الأعمال التجارية البحرية.

(١) انظر المادة ٤٤٩ من القانون المدني.

(٢) انظر نص المادة ١/٥٨ من قانون التجارة.

المبحث الأول
الأعمال التجارية بحكم ماهيتها الذاتية

وصفت المادة ٦ من قانون التجارة بعض الأعمال بأنها تجارية لذاتها أي أن كيانها وتأسيسها يأبى إلا أن تكون تجارية، وحددت هذه المادة الأعمال التجارية بذلك الوصف عندما نصت على انه: " تعد الأعمال التالية بحكم ماهيتها الذاتية أعمالاً تجارية برية" وعددت البنود أنواع هذه الأعمال على نحو لم يقرر المشرع فيه أن هذه الأعمال على سبيل الحصر بل أبقاها أمثلة لأية أعمال قد تنشأ ولها صفاتها وغاياتها.

وعني المشرع بالأعمال التجارية التي وقعت ولو مرة واحدة بغض النظر عن صفة من قام بها، سواء كان تاجراً او غير تاجر، وعددت المادة ٦ من قانون التجارة هذه الأعمال بأنها شراء البضائع لأجل بيعها بربح، شراء البضائع لأجل تأجيرها او استئجار هذه البضائع لأجل تأجيرها ثانية، بيع او استئجار أو تأجير الأشياء المشتراة او المستأجرة، أعمال البنوك والصرافة، الأعمال المتعلقة بالأوراق التجارية، السمسرة، وشراء العقارات لبيعها بربح[1]، والعمالة والنقل والتخزين والطبع.. الخ، ونناقش هذه الأعمال فيما يلي:

البند الأول: الشراء بقصد البيع أو التأجير الواقع على المنقولات المادية أو استئجار هذه المنقولات بقصد تأجيرها لغايات تحقيق الربح

يشترط في شراء المنقولات ان يكون بقصد إعادة البيع بغرض تحقيق الربح، ولا يكفي القول ان عملاً ما يعد تجارياً اذا قام شخص بشراء بضاعة لاستعمالها في منزله وتخلص منها بعد فترة لأنها لا تناسبه، او لأنها أصبحت قديمة او حتى لارتفاع ثمنها، ولو باع هذه البضاعة بأكثر من الثمن الذي دفعه، ذلك لأن العمل يعد تجارياً إذا تم الشراء بقصد البيع ولو لم يحقق ربحاً، ويخرج من نطاق هذه الأعمال بيع المزارع لمنتجات مزرعته، وبيع صائد السمك ما صاده.

(١) انظر تمييز حقوق ٨٧/٤١٣ مجلة نقابة المحامين سنة ١٩٩٠ ص ١٥٣ وجاء فيه : "أن شراء البضائع وغيرها من المنقولات لا يعد من الأعمال التجارية إلا اذا كان شراء البضائع لأجل البيع بربح".

ويعد العمل تجارياً إذا كان شراء المنقولات بقصد تأجيرها للغير، فمن يشتري سيارة بنية تأجيرها عد عمله تجارياً. وعلى ما هو واضح من نص المادة ٦ فإن المشرع اشترط لاعتبار شراء المنقولات أو استئجارها تجارياً أربعة شروط هي:

١- أن يكون هناك شراء.

٢- أن يكون محل عقد البيع والإيجار من المنقولات.

٣- أن تتوافر لدى المشتري عند الشراء نية بيع ما يشتري أو تأجيره.

٤- أن يكون هدف المشتري تحقيق الربح.

ويلاحظ مما سبق ذكره من الشروط انه لكي يعتبر العمل تجارياً لذاته وفق ما حددته المادة ٦ من قانون التجارة، اشتراط أن يكون الشراء قد تم بقصد البيع او بقصد التأجير. وإذا كان العمل الذي أتاه الشخص استئجاراً للمنقولات فلكي يعتبر تجارياً يشترط ان يكون بقصد التأجير.

كما يشترط ان يكون محل عقد البيع أو التأجير منقولاً مادياً بما يخرج المنقولات المعنوية من هذه الطائفة.

والأموال المنقولة: هي كل ما يمكن نقله من مكان إلى آخر بدون تلف والمنقولات نوعان، مادية كالموزونات و البضائع و الأثاث المنزلي والعدد والآلات، ومعنوية كبراءة الاختراع والعلامة التجارية[1]، واشترط المشرع كذلك أن يكون الهدف من جراء العمل الذي تتجه إليه إرادة المشتري عند الشراء أو الاستئجار هو الربح، وهذا الشرط ابعد كثيراً من الأعمال التي يتطابق وصفها مع ما ذكر أعلاه من طائفة الأعمال التجارية، كشراء الدولة وهيئاتها للبضائع وبيعها إلى بعض فئات المواطنين دون ربح أو بزيادة طفيفة، وشراء الجمعيات التعاونية للبضائع وبيعها لأعضائها.

---

(١) لا نجد مبرراً لاستبعاد التعاقد على المنقولات المعنوية على الصورة الجارية في المنقولات المادية من نطاق الأعمال التجارية ولعل ما ذهب اليه المشرع الأردني في هذا المجال باستبعاد التعاقد على المنقولات المعنوية من طائفة الأعمال التجارية كان بسبب عدم وضوح الرؤية للمنقولات المعنوية.

ويجدر بالذكر ان القانون السوري والقانون اللبناني أشارا إلى شراء البضائع وغيرها من المنقولات المادية وغير المادية لأجل بيعها بربح.

البند الثاني : أعمال الصرافة والمبادلة المالية ومعاملات المصارف العامة والخاصة

تشتمل أعمال الصرافة على المعاملات التي تتم على العملات الأجنبية والمعادن الثمينة والتعامل بها، وهي تمثل اية عملة تقبل التداول في الأردن، أما العمليات المصرفية عموما والمبادلات المالية فتشمل المطالبات والتسهيلات المصرفية بما تتضمنه من عقود كالحساب الجاري والكفالات والحوالات والاعتمادات المستندية وخصم الأوراق التجارية ورهنها وغيرها مما يستقر العرف المصرفي بشأنه، وهذه العمليات يتعين ان تقوم بها المصارف سواء كانت المصارف تتبع الدولة كما هو شأن البنك المركزي وبنك تنمية المدن والقرى وبنك الإنماء الصناعي، أو كانت خاصة كالبنوك التجارية.

ولأن عمليات البنوك لا ترد تحت حصر فتعد جميعها أعمالاً تجارية وفق الوصف الذي تنسجم به كل عملية على حده، والبنوك تمارس نشاطات متعددة كتلقي الودائع النقدية والعينية والمستندية بفائدة او بدون فائدة، كما تقوم بدعم الائتمان التجاري عن طريق ما يسمى بإعارة التوقيع، او إقراضه المتمثل بتنفيذ العقود بضمانات التواقيع المعارة او المقرضة، وهو ما يسمى بالائتمان المصرفي بطريق التوقيع، كما يحصل بشأن الكفالة المصرفية وخطابات الضمان التي تصدرها البنوك لتتعهد بموجبها لمستفيد تعاقد مع عميلها أنها ستدفع له مبلغاً من النقود عند أول مطالبة.

وتعد جميع أعمال البنوك تجارية وفق نص المادة ٦ فقرة ١/د من قانون التجارة ويشترط ان تكون ممارسة هذه الأعمال من مؤسسات رخص لها القيام بما ورد ذكره في المادة أعلاه، وقضت محكمة النقض المصرية بأن القروض التي تعقدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد تعتبر عملاً تجارياً مهما كانت صفة المقترض وأياً كان الغرض الذي خصص له القرض[1] وشأن القرض عموماً فهو ليس عملاً تجارياً بطبيعته غير انه بدخول البنك كعنصر في عقد القرض يكسبه الصفة التجارية لأن أعمال البنوك تقوم على الوساطة في التداول والمضاربة.

---

(١) انظر د. مصطفى كمال طه. القانون التجاري. ط٩٧٧. ص٥٧، ويرى ان القضاء المصري رتب آثاراً على خضوع القرض للقواعد والعادات التجارية التي تبيح تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال ويقول ان ذلك هيأ للبنوك مركزاً ممتازاً لا مبرر له تنفرد به عن باقي المقترضين.وانظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص ٧٦.

وأعمال الصرافة تعد تجارية بطبيعتها سواء مارستها البنوك او مؤسسات او شركات مساهمة تقوم بأعمال الصرافة بصورة متخصصة، والصرف هو مبادلة النقود بالنقود مقابل عمولة، ويتم بأسلوبين، الأول بالمناولة يداً بيد، والثاني الصرف المسحوب الذي يتم بخطاب يصدره من يقبض النقود الى مراسله في بلد آخر يأمره فيه بتسليم شخص معين ما يقابل النقود التي قبضها[1].

البند الثالث: النقل

يمثل الناقل طرفاً في عقد نقل الأشخاص او البضائع، ويمثل الشخص الآخر وهو المنقول او صاحب البضاعة المنقولة الطرف الثاني، وهذا العقد يرتب التزامات على أطرافه بحيث يلتزم الناقل بتنفيذ التزامه، وتعد هذه العقود تجارية مهما كانت طبيعة الشيء المراد نقله او صفة القائم بالنقل، ومهما كانت وسيلة النقل، هذا ولا يعد النقل الذي يقوم به سائق سيارة أجرة يملكها عملاً تجارياً[2].

والنقل التجاري كما ورد في المادة ٦ من قانون التجارة هو النقل البري والبحري والجوي، وتعد عملية النقل من جانب الناقل تجارية دائماً، ويختلف الوضع من جانب الطرف الثاني للعقد وهو الشخص المنقول او صاحب البضاعة المنقولة ذلك لأنه اذا قام بها تاجر لأغراض تجارية اتخذت الصفة التجارية، وبعكس ذلك تبقى من جانب الطرف الآخر عملاً مدنياً، وكذلك الأمر فإن الناقل اذا استعمل سيارته الخاصة غير المخصصة للنقل بنقل بعض أقاربه وأصدقائه فإن عمله يبقى مدنياً حتى ولو تقاضى أجرة.

البند الرابع: العمالة والسمسرة

العمالة: المقصود بالعمالة عقد الوكالة بالعمولة، والوكالة بالعمولة أو التجارة بالعمولة تعد من أهم أعمال الوساطة التجارية، ويسهم هذا العمل في تداول السلع على

(١) وانظر للمؤلف (القانون التجاري الأردني) الأوراق التجارية، ط٩٠. ص١٨، وراجع د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص٧٦، ود. علي العريف. شرح القانون التجاري المصري ط٥٩ ص٤٢١.

(٢) يرى بعض الفقه ان بعض عمليات النقل لا تبدو ذات طابع تجاري والسبب في ذلك أنها لا تتضمن مضاربة على العمال والسيارات وانتظام سيرها بقصد تحقيق الربح، انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص٩٢.

نحو تبدو تجارية عندما تتم على شكل الاحتراف، وحسم المشرع الأردني الخلاف بشأن اعتبار الوكالة بالعمولة عملاً تجارياً إذا تم على شكل احتراف عندما نص على ذلك في الفقرة ١/ج من المادة ٦ من قانون التجارة.

والوكالة بالعمولة: عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة أن يبرم باسمه عقداً لحساب الموكل مقابل أجر، وبذلك تختلف الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية في ان الوكيل بالوكالة العادية يعمل لحساب موكله ويتعاقد باسم هذا الموكل، بينما يعمل الوكيل بالعمولة لحساب موكله ولكنه يتعاقد باسمه الشخصي[١].

والوكالة بالعمولة تبدو علاقة ذات أطراف ثلاثة: الموكل، والوكيل بالعمولة، ويرتبطان بعقد يسمى عقد الوكالة بالعمولة، ويدخل هذه العلاقة طرف ثالث هو الذي يتعاقد معه الوكيل بالعمولة، وبهذه العلاقة المتشابكة نقول ان هناك عقداً سمي عقد الوكالة بالعمولة التزم بموجبه الموكل والوكيل بشروط تمثل آثار هذا العقد، ونتج عن هذا العقد ان ارتبط الوكيل بالعمولة بعقد مع شخص آخر، وآثار هذا العقد تعود على الموكل الذي لم تظهر شخصيته فيه، رغم ان الوكيل بالعمولة تعاقد باسمه الشخصي والتزم في مواجهة الغير بأن ينفذ الشروط التي تضمنها العقد، ومهمة الوكيل بالعمولة تعد نوعاً من التوسط فيما بين المنتج والمستهلك او فيما بين بائع البضاعة والمشتري.

وعرف قانون التجارة الوكالة بالعمولة بأنها عقد يلتزم بموجبه الوكيل بأن يقوم باسمه ولحساب موكله بإنجاز عمل من الأعمال التجارية مقابل أجر يسمى العمولة، ويستنتج ان الالتزامات في عقد الوكالة بالعمولة هي التزام الوكيل بتنفيذ تعليمات الموكل التي تؤدي الى تنفيذ المهمة المكلف بالقيام بها والمحافظة على أموال الموكل، وتقديم كشف حساب عن النفقات والخسائر والأرباح التي انتهت إليها أعماله.

(١) أنظر د. اكثم الخولي. قانون التجارة اللبناني المقارن ط ٦٧ ص١٤٨.

أمـا التزامـات الموكـل فتقـف عنـد حـدود دفـع أجـرة الوكيـل وتمثـل في معظـم الأحيـان نـسبة مئويـة مـن قيمـة محـل العقـد بالإضـافة الى التزامـه بـدفع النفقـات الـتي تكبدها الوكيل في سبيل تنفيذ العمل الموكل للقيام به[1].

وحمى المشرع الوكيل بالعمولة عندما خصص لـه ضمانات في مواجهة الموكـل، مثـل حـق الامتيـاز علـى البـضائع والـصكوك والأوراق المرسـلة منـه واليـه، وحـق حـبس البضاعة المودعة لديه لحساب الموكل[2].

السمسرة: يقـصد بهـا التوسـط فيمـا بـين طـرفين لتقريـب وجهـتي نظرهمـا بهـدف الوصول إلى إبرام عقد، ويستحق هذا الوسيط "السمسار" عمولة السمسرة أي أجرة عن الجهد المبذول، ويكون هذا الأجر أما مبلغاً مقطوعاً يتم الاتفاق عليه، وإما نسبة مئوية من الصفقة التي سيتم إبرام العقد بشأنها. وعـرف قـانون التجـارة السمسرة بأنهـا "عقـد يلتزم به فريق يدعى السمسار بأن يرشد الفريق الآخر إلى فرصة لعقـد اتفـاق مـا، او ان يكون وسيطاً له في مفاوضات التعاقد وذلك مقابل أجر"[3].

وليست السمسرة كالوكالة التجارية رغم انها مأجورة مثلها، ذلك لأن السمسار لا يتعاقد باسمه ولا باسم غيره ولا يتبع اياً من المتعاقدين ولا يلتزم بتعليمـات احـدهما إلا

---

(1) نصت المادة ٨٥٧ من القانون المدني الأردني: "على الموكل أداء الأجر المتفق عليه للوكيل متى قام بالعمل فإن لم يتفق على الأجر وكان الوكيل ممن يعملون به فله اجر المثل وإلا كان متبرعاً". ونصت المادة ٨٥٨ من ذات القانون على انه: "على الموكل أن يرد للوكيل ما انفقه في تنفيذ الوكالة بالقدر المتعارف". وانظر د. ابو زيد رضوان. المرجع السابق ص٤٤ حيث يقول: "إذا كان الأصل الا تقوم علاقة مباشرة بين الموكل "الأصيل" والغير الذي تعاقد معه الوكيل بالعمولة إلا ان هذه العلاقة المباشرة تبدو ضرورية، ويقرها المشرع في حالة إفلاس الوكيل بالبيع او بالشراء".

(2) انظر د. علي العريف. شرح القانون التجاري المصري. ط٩٥. ص٢٧١ ويعرف عقد الوكالة بالعمولة بأنه: "اتفاق بين موكل ووكيله بموجبه يتعهد الوكيل مقابل اجر بالتعاقد باسمه مع الغير في عقد من العقود لحساب الموكل وبدون ان توجد علاقة بين الموكل والغير".

(3) انظر د. ابو زيد رضوان. القانون التجاري والأعمال التجارية.ص ٣٤ ويقول بشأن عمولة السمسرة"وهي اما جعل محدد او نسبة مئوية من الصفقة التي يتم ابرامه".

انظر نص المادة ٣٠٦ من القانون التجاري الكويتي وعرف السمسرة بانها "عقد يتعهد بموجبه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط لإبرامه في مقابل اجر" وهذا التعريف يشبه الوارد في المادة ١٧٢ تجاري سوري، ٢٥٨ تجاري عراقي الذي يطلق على السمسار "الدلال".

بالقدر الذي يلزم لتحقيق الغاية المتمثلة من تقريب وجهات النظر بهدف الوصول إلى إبرام العقد.

وتعتبر أعمال السمسرة تجارية لجهة السمسار، أما أطراف العقد الذين تمكن السمسار من تقريب وجهات نظرهم فإن الأمر يختلف باختلاف طبيعة التعاقد ويتوقف على هذه الطبيعة[1] معرفة ما إذا كان عمل احدهم تجارياً أم غير تجاري.

وهكذا يعتبر العقد المبرم بجهود السمسار مدنياً اذا تعلق بعمل مدني[2] ولهذه الجهة قضت محكمة النقض المصرية بالقول"انه وان كانت السمسرة عملاً تجارياً بطبيعتها محترفاً كان السمسار ام غير محترف فإن عمل السمسار يبقى تجارياً"، وهذا القضاء قرر ان الحكم الذي قضى به لا ينضبط ولا يتحقق الا في شأن السمسار وحده ولا يتعداه الى غيره ممن يتعاملون معه[3].

ويكيف البعض عقد السمسرة بوصف قانوني بأنه عقد مسمى من عقود المعاوضة وملزم للجانبين ورضائي ومن العقود الاحتمالية، وهو مسمى لاستقلاله عن باقي العقود، وهو رضائي لأنه لا يتطلب شكلاً معيناً، وهو معاوضة لأن الطرفين يقصدان المصلحة بحيث يهدف السمسار الحصول على الأجرة، ويهدف العميل الوصول إلى التعاقد مع الغير، وهو ملزم للجانبين لأن السمسار يتعهد القيام بالوساطة وبذل الجهد، في حين يتعهد العميل دفع الأجرة وهو عقد احتمالي لأن أجرة السمسار لا تستحق إلا إذا تحقق شرط تكوين العقد المقصود الذي يعتبر محتملاً وغير أكيد[4].

---

(١) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص ٧٧.

(٢) يسبغ القانون التجاري الفرنسي الصفة التجارية على جميع عمليات السمسرة "Brokerage Opevatione" ويعتبرها اعمالاً تجارية "Actes De Commrce" .

انظر : نص المادة ٦٣٢ من القانون التجاري الفرنسي ويختلف هذا النص مع ما ورد في القانون العراقي الذي يعتبر السمسرة عملاً تجارياً الا اذا كانت مزاولاتها على وجه الاحتراف وهذا النص في القانون التجاري العراقي يخالف نصوص القوانين الفرنسي والسوري والاردني والمصري والكويتي والبلجيكي التي اعتبرت جميعها اعمال السمسرة لجهة السمسار تجارية. انظر د. يعقوب صرخوه. العقود التجارية ط ٨٦ ص٤٠٢.

(٣) انظر الطعن رقم ٤٨٩ لسنة ٧٥ قضائية جلسة ٨/١٢/٦٠ السنة الحادية عشرة ص٦٢.

(٤) انظر د. علي العريف. المرجع السابق ص ٢٥٧.

البند الخامس: التامين وأنواعه

تضمنت المادة السادسة من قانون التجارة حكماً مفاده ان التأمين بأنواعه يعد من الأعمال التجارية بحكم ماهيتها الذاتية، وهذا التوجه لدى المشرع الأردني جاء منسجماً مع ما استقر عليه الفقه والقضاء عندما اسبغا الصفة التجارية على التأمين.

والتأمين على ما عرّفته المادة ٩٢٠ من القانون المدني هو: "عقد يلزم به المؤمن أن يؤدي إلى المؤمن له أو إلى المستفيد الذي يشترط التأمين لصالحه مبلغاً من المال أو إيراداً مرتباً أو أي عوض مالي آخر في حالة وقوع الحادث المؤمن ضده أو تحقق الخطر المبين في العقد وذلك مقابل مبلغ محدد أو أقساط دورية يؤديها له المؤمن".

ويخرج من طائفة التأمين التجاري أنواع من عقود التأمين التي تبرمها الجمعيات التي لا تسعى لتحقيق الربح، وهذه الأنواع من التأمين تبقى ذات صفة مدنية، وتتميز عن التأمين التجاري سواء مارستها الجمعيات بصورة تبادلية او تعاونية، وتبرم هذه العقود فيما بين الجمعية وأعضائها بحيث تجتمع صفة المؤمن والمستأمن "المؤمن له" في أعضائها عندما يتبادلون التأمين فيما بينهم وعندما يتعرضون لأخطار متماثلة ويلتزمون بتعويض من يتحقق الخطر بالنسبة له منهم عن طريق قسمة مبلغ التعويض بين جميع الأعضاء بمن فيهم المتضرر ذاته.

البند السادس: المشاهد والمعارض العامة والتزام الطبع والتخزين العام

أولاً: المشاهد والمعارض العامة

تعتبر أماكن التسلية والترويح عن المتفرجين الذين يزورونها بقصد التسلية وقتل أوقات الفراغ بما في ذلك دور السينما والمسارح والملاهي والسيرك وميادين السباق من الأماكن العامة التي أراد المشرع لمن يزاول من خلالها مهنة له من الأعمال التجارية، والصفة التجارية التي أسبغها المشرع على تلك الأعمال مستفادة من أسباب وضع رأس المال لكل مشروع والذي يجهز بواسطته أثاث المعرض او المشهد وكذلك الملابس، على نحو يخرج من طائفة هذه الأعمال ما تقوم به المؤسسات العلمية من عرض لمسرحيات علمية لمن اعتاد من الطلبة والباحثين ان يرتاد تلك المؤسسات.

ويخرج كذلك من طائفة المشاهد والمعارض العامة ذات الصفة التجارية عمل الممثل اذا قام بعروض مسلية لحسابه الخاص، اذ بذلك يقدم جهده الشخصي دون اية مضاربة، وعلى ذلك تعتبر الأعمال التي يمارسها شخص على وجه الاحتراف ولقاء أجر مما ينطبق عليه وصف المشاهد والمعارض من الأعمال التجارية.

ثانياً: التزام الطبع

تعتبر أعمال المطابع ودور النشر والمكتبات التي تتولى إصدار المؤلفات بعد طبعها في مطابعها او لدى غيرها من الأعمال التجارية.

وعليه اذا تولى المؤلف ذاته طبع مؤلفه لدى إحدى المطابع فلا يعتبر عمله تجارياً، تأسيساً على ان الجهد الشخصي الذي قدمه المؤلف كان ثمرة نتاج فكري لم يسهم معه فيه أي رأسمال، أما إذا توسط الناشر او المكتبة فيما بين الجمهور القارئ والمؤلف واشترى حق الطبع فإن ما يقوم به هذا الناشر من طبع للمؤلف يعد عملاً تجارياً، وينطبق هذا الحكم على تأليف سيناريو المسرحيات والموسيقى.

ويستفاد مما تقدم أن التزام الطبع الذي يقصد منه نشر المؤلفات بكامل الوسائل السمعية والبصرية بغرض إيصال المعلومات إلى الجمهور تعد أعمالاً تجارية، ويندرج ضمن هذه الفئة ما يتعلق بالنشر كالطباعة والنشر والتسويق بكافة وسائل ترويج السلعة كالإعلان بالإذاعة والتلفزيون أو الصحف، وأيضاً ما تعلق بالأخبار وأسلوب نقلها والصور والإعلانات على أساس أن كل ما ذكر يداخله عنصر المضاربة أو تتم ممارسته على شكل مشروع.

ثالثاً: التخزين العام

ويعني وضع الأموال المنقولة في مكان عام للاحتفاظ بها، ويطلق عليه المخزن، ويتحمل المودع أجراً مقابل الاحتفاظ بتلك الأموال، وعملية التخزين تمثل علاقة قانونية فيما بين صاحب المخزن وصاحب البضاعة، ومن آثارها إصدار وثيقة يحتفظ بها صاحب البضاعة وتتضمن معلومات عن نوع البضاعة ووصفها ووزنها وقيمتها

وكميتها، وغير ذلك من المعلومات الدالة على محتويات البضاعة اذا كانت داخل حاويات مغلقة، ويعتبر من يضع هذه البضاعة مودعاً وصاحب المخزن وديعاً، ويستطيع الأول إجراء التصرفات القانونية على أمواله كبيعها او رهنها.

وتمثل المناطق الحرة التي يحتفظ في مخازنها أصحاب البضائع ببضائعهم مثالاً حياً يمارس فيه التخزين، ذلك ان التجار يخزنون بضائعهم في المناطق الحرة اذا كانوا سيعيدون تصديرها او اذا لم يكن بنيتهم دفع الرسوم الجمركية عنها في الوقت الذي تصل به من الخارج.

والمخازن العمومية تملكها الدولة او الأفراد ووردت أحكامها في قانون الجمارك لسنة ١٩٨٩ حيث يتولى وزير المالية ترخيص تلك المخازن وترخيص إنشائها ويمكن تعريفها وفق أحكام قانون الجمارك بأنها مكان أو بناء أعدته السلطة لخزن البضاعة أو وافقت عليه للغاية المذكورة.

البند السابع: الأعمال العقارية وشراء العقارات لبيعها بربح

أوردت المادة ٦ من قانون التجارة في فقرتين من البند ١ الأعمال العقارية وشراء العقارات لبيعها بربح بأنها أعمال تجارية، ولتشابه الأعمال العقارية مع شراء العقارات لبيعها بربح رأينا ان نتحدث عنهما في بند واحد، ذلك ان الأولى تعني كل مقاولات المباني والعمارات وفتح الطرق وتعبيدها وبناء الجسور وتعهدات السكك الحديدية والكهرباء والهاتف وأنابيب المياه على نحو تختلف عن شراء العقارات كما ورد في الفقرة س من المادة ٦ من قانون التجارة، وتعتبر الأعمال العقارية وشراء العقارات بقصد بيعها بربح من الأعمال التجارية؛ لأن الأولى يهدف من يقوم بها من المتعهدين والمقاولين تحقيق الربح عندما يضارب على المواد المقدمة لغايات تنفيذ المشروع او لغايات تشغيل العمال، والثانية تؤخذ دلالة معناها من اسمها وهي التي وردت في النص "شراء العقارات لبيعها بربح" بأنها من الأعمال التجارية.

البند الثامن : وكالة الأشغال

الوكالة عقد فيما بين طرفين يلتزم بموجبه طرف ان ينفذ للآخر عملاً طلب اليه القيام به، ووكالة الأشغال تعني الخدمات التي ينفذها شخص من خلال مكتب او بدون مكتب لتسهيل أعمال الناس وإنجاز معاملاتهم، ومثلها مكاتب الاستخدام ومكاتب السياحة ومكاتب التصدير والاستيراد، ومثلها وكالة تحصيل الديون ووكالة الدعاية والإعلان ووكالة تسجيل العلامات التجارية.

وتعتمد وكالة الأشغال على الجهد الشخصي وهي لا تخلو من عنصر المضاربة، وإذا كان ما يتقاضاه الوكيل هو أتعاب هذه الجهود فلا نغفل ما يقدمه بعض الوكلاء للمكتب الذي يمارس من خلاله استخدام وسائل تقنية مكتبية تسهم في جذب العملاء.

البند التاسع : المناجم والبترول

اعتبر المشرع عمليات استخراج المعادن والبترول والمياه وما في باطن الأرض أعمالاً تجارية، واعتبر كذلك تلك العمليات التي تمارس في أعماق البحار والأنهار من صيد واستخراج للأصداف واللؤلؤ، ولعل ما ذهب نحوه المشرع إزاء المناجم والبترول واعتبار العمليات التي يقوم بها الأفراد لاستخراجها أعمالاً مدنية، على أساس ان من يقوم بها لم يأت بعمل قبلها كالشراء محل نظر، ذلك ان هذه الأعمال كانت بنظر الفقه مدنية حتى لو قام بها شخص بقصد الربح[1].

---

(١) تعد عمليات استخراج المعادن والبترول تجارية وفق احكام القانون التجاري الفرنسي ويقول الاستاذ ريبر ليس من المنطق اعتبار هذه العمليات الاستخراجية مدنية، انظر في ذلك د. سميحة القليوبي. القانون التجاري ط٨١ ص٦٤.

المبحث الثاني
الأعمال التجارية التبعية

إذا كنا قسمنا الأعمال والتصرفات التي يباشرها الأشخاص إلى أعمال مدنية وأعمال تجارية، وحددنا وفق ما استقر عليه الفقه وقننه المشرع الأعمال التجارية بحكم ماهيتها الذاتية، فإننا لن نغفل جانباً مهماً من الأعمال المدنية التي يأتيها شخص بمناسبة تجارته ولخدمتها، وهذه الأعمال يباشرها تاجر لحاجات تجارية على نحو يلحقها بحرفته التجارية بما يعني أن هذه الأعمال تعتبر تابعة للحرفة التجارية، وتسمى المتبوع وفق مبدأ الفرع يتبع الأصل[1].

لذلك فإن هذه الأعمال مدنية في الأصل ولكنها تكتسب الصفة التجارية لصدورها من تاجر لحاجات تجارية. وأطلق عليها الفقه عدة تسميات مثل الأعمال التجارية الشخصية، الأعمال التجارية الذاتية، الأعمال التجارية النسبية، وكان من هذه التسميات التي استقرت في عناوين مؤلفات القانون التجاري الأعمال التجارية التبعية[2].

ونتحدث في الفقرات التالية عن الأساس القانوني لفكرة الأعمال التجارية بالتبعية وشروط الصفة التجارية ونطاق وأعمال الفكرة وتطبيقاتها.

البند الأول: الأساس القانوني لفكرة الأعمال التجارية بالتبعية

ابتدأ الحديث عن الأعمال المدنية التي يقوم بها شخص لغايات تجارية وبمناسبتها، على نحو أصبح من الضروري ان تخرج عن نطاق النظام القانوني الخاص بالأعمال المدنية لتدخل أخيراً حيزاً تكتسب في نطاقه الصفة التجارية بمعنى إخضاعها لنظام قانوني خاص بالأعمال التجارية، وتأكيداً للأخذ بهذا التوجه الذي ألحق المشرع فيه أعمالاً كانت بالأصل مدنية بالأعمال التجارية.

---

(١) يسمي بعض الفقه هذه الأعمال التجارية النسبية، انظر د. اكثم الخولي. قانون التجارة اللبناني المقارن. ص١٨٧، د. ابو زيد رضوان. المرجع السابق ص٥٢.

(٢) انظر د. ابو زيد رضوان، المرجع السابق ص٥١.

وأقامت معظم التشريعات ومنها قانون التجارة الأردني قرينة قانونية مفادها ان الأصل في العقود التي يبرمها التاجر ان تكون تجارية، وان آثار هذه العقود هي التزامات تجارية إلا إذا ثبت ان هذه العقود وتلك الالتزامات تتعلق بمعاملات مدنية، وتستند فكرة الأعمال التجارية التبعية التي تبناها الفقه إلى ما ورد في نصوص القانون.

ففي قانون التجارة الأردني نصت المادة ٨ فقرة ١ على ان "جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لغايات تجارية تعد تجارية أيضاً في نظر القانون" ونصت الفقرة ٢ من ذات المادة على انه: "وعند قيام الشك تعد أعمال التاجر صادرة منه لهذه الغاية إلا اذا ثبت العكس"، ويعني هذا النص ان إرادة المشرع اتجهت نحو قيام قرينة تؤكد ان جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر يفترض انه قام بها بمناسبة تجارية او بسببها، وبالتالي يجب ان تأخذ حكم الأعمال التجارية ولهذه الجهة نجد ان المشرع نحا نحو الأخذ بالاعتبار الشخصي ووسع من دائرة الأعمال التجارية بأن جذب إليها مجموعة من الأعمال المدنية.

ويستنتج مما تقدم ان شخص القائم بالعمل وهو كونه تاجراً هو أساس إخضاع طائفة من الأعمال المدنية لأحكام القانون التجاري[1].

ومع ذلك نجد ان المشرع أبقى على قرينة إثبات العكس، بما يعني انه تحفظ على اعتبار الأعمال المدنية التي أتاها التاجر بمناسبة تجارته أعمالاً مدنية وذلك عندما اقر نص المادة ٨ فقرة ٢ هذا التحفظ بالقول "وعند قيام الشك تعد أعمال التاجر صادرة منه لهذه الغاية إلا إذا ثبت العكس".

البند الثاني: شروط اكتساب الأعمال المدنية الصفة التجارية

يفيد نص المادة ٨ من قانون التجارة ان هناك شرطين يعتبر العمل تجارياً بالتبعية عند توفرهما.

---

(١) يأخذ تشريع الشركات الكويتي بنظرية الأعمال التجارية بالتبعية الموضوعية، بما يعني ان الاخذ بهذه النظرية تطبيقاً للنظرية المنطوية على ان العمل المدني يكتسب الصفة التجارية اذا ما تم لصفة القائم بالتصرف اثر في ذلك. نادى بهذا التوجه د. علي جمال الدين عوض. الوجيز في القانون التجاري ص ٩٧. انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص ١٠٢، د. ابو زيد رضوان ص ٥٤، د. علي يونس. القانون التجاري ط٦١ بند ١٢٤.

أولاً: صدور تصرف قانوني من تاجر

يفهم من إرادة المشرع كما عبر عنها في المادة ٨ من قانون التجارة ان التصرف الذي يصدر عن التاجر في غير مناسبة تجارية ولا بسببها يبقى ضمن إطار الأحكام الخاصة بالأعمال المدنية، وبهذا المفهوم كرس المشرع النظرية الشخصية للتاجر عندما اشترط ان يكون التصرف صادراً عن تاجر لكي يتم إلحاقه بالأعمال التجارية بالتبعية.

ثانياً: صدور التصرف القانوني من التاجر ولغايات تجارية

إذا أتى التاجر عملاً لحاجة حرفته التجارية، كأن يبرم عقد التأمين على سياراته أو مصنعه أو اشترى شاحنة لغايات نقل البضائع أو وسائط نقل لغايات نقل عمال المصنع، فإن هذه الأعمال تعد تجارية بالتبعية لتعلقها بتجارة التاجر لأنه أتاها بمناسبتها وبسببها، أما إذا أتى التاجر تصرفاً مدنياً يرتبط بحياته الخاصة كشراء أثاث منزل أو سيارة لخدمة أسرته فإن ذلك التصرف يبقى عملاً مدنياً.

ويستنتج من ذلك ان العمل التجاري بالتبعية يكفي أن يكون احد طرفي العمل المدني تاجراً كي يسبغ الصفة التجارية على العمل المدني، بما يعني انه يستوي ليعتبر العمل المدني بالتبعية ان يكون طرفاه تاجرين أو أن يكون احدهما تاجراً والثاني غير تاجر.

ونشير أخيراً إلى القرينة التي تضمنتها المادة ٢/٨ من قانون التجارة التي لعبت دوراً كبيراً في هذا الموضوع، ذلك ان إعمالها من شأنه جعل صفة التاجر ذات صبغة لغالبية أعماله على نحو تعتبر تجارية بالتبعية، وفرضت أمراً يقبل إثبات العكس عندما قررت ان جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر تعد صادرة عنه لغايات تجارية إلا إذا ثبت العكس.

البند الثالث: تطبيقات الأعمال التجارية بالتبعية

تعد كافة الأعمال التجارية الصادرة عن التاجر تجارية بما في ذلك ما كان منها أعمالاً مدنية، وهذه الأعمال لا تقتصر على ما كان تعاقدياً نشأ عن علاقة عقدية مع

الآخرين بل تمتد إلى جميع تصرفات التاجر سواء كان مصدرها الفعل الضار "العمل غير المشروع" أو الفعل النافع "الكسب بلا سبب".

أولاً: الالتزامات التعاقدية

تعد العقود التي يبرمها التاجر لحاجات تجارية وفق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية عقوداً تجارية، فشراء الأثاث وآلات المصنع وإبرام عقود العمل والاقتراض لشؤون التجارة وعقد إيصال التيار الكهربائي والمياه وعقود التسهيلات المصرفية وعقود نقل البضائع والتأمين على المتجر والتأمين على البضائع وكافة العقود التي يبرمها التاجر بمناسبة تجارته تجارية بالتبعية إذا كانت ذات طابع مدني أصلا. ومن تطبيقات الالتزامات التعاقدية ذات الصبغة التجارية بالتبعية:

١- الكفالة:

عقد الكفالة بطبيعته عقد مدني لأنه من عقود التبرع، ذلك لأن الكفيل لا يقصد سوى خدمة مكفوله بلا مقابل، ومع تطور الحياة وحاجة الناس إلى ما يقوي ائتمانهم في شؤون تجارتهم ظهرت الكفالة على صورتها التجارية التي خرجت بموجبها عن الأصل العام للكفالة في انها تبرعية، وأصبح الكفيل يتقاضى بدل الكفالة في صور مختلفة، الى ان وردت صيغ الكفالة ضمن التشريعات المختلفة باعتبارها من أعمال البنوك وان أعمال البنوك في مجملها تجارية وفق النص فأصبحت الكفالة تجارية.

كما استقرت أحكام القضاء على اعتبار الكفالة عملاً تجارياً اذا كان الكفيل تاجراً يقصد من وراء كفالته ربحاً يعود على تجارته كأن يكفل تاجر الجملة تاجر التجزئة[1].

٢- عقود العمل:

هي العقود التي يرتبط بموجبها التاجر بعماله ومستخدميه بعلاقات قانونية، ويرى البعض ان لهذه العقود صفة مدنية تخضع في أساسها لقانون العمل باعتباره احد

---

(١) أنظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص١٠٢، وقرب د. أكثم الخولي. المرجع السابق ص ١٩٥ حيث يقول: "يقرر القضاء ان الكفالة تكتسب الطابع التجاري للكفيل التاجر اذا كان يبتغي وراء كفالته مصلحة مالية ترتبط بتجارته، كإنقاذ التاجر المكفول من الإفلاس لارتباط مصير الكفيل بمصير المكفول".

فروع القانون الخاص، إلا ان الالتزامات الواجب إخضاعها لأحكام قانون التجارة تفرض ان يكون من بينها التزامات التاجر في مواجهة عماله ومستخدميه ما دام العقد الذي ارتبط به الطرفان ابرم لخدمة التجارة وبسببها.

ونجد مع القرينة القانونية كما وردت في المادة ٢/٨ من قانون التجارة ان عقود العمل التي يبرمها التاجر بمناسبة تجارته او بسببها تعد تجارية ما لم يثبت انها كانت لغير حاجات تجارية انطلاقاً من ان حرفة القائم بالعمل وهي كونه تاجراً هي أساس إخضاع العمل لأحكام قانون التجارة.

أما التساؤل الذي يثيره البعض عن مدى تجارية التزامات التاجر الناشئة عن عقود العمل فيما بينه وبين مستخدميه، فنؤكد مع وجود القرينة القانونية بموجب المادة ٢/٨ ان نظرية التبعية تمتد إلى عقود العمل وتعتبر من التصرفات التجارية بالنسبة للتاجر أما من جانب العامل أو المستخدم فإن العمل يظل مدنياً.

٣- العقود الواردة على العقار:

تظل التصرفات التي ترد على العقار مدنية إلا إذا جاءت في نطاق مشروع تجاري، وقد بقي التردد عند الكثيرين في تطبيق نظرية الأعمال التجارية التبعية على العقود التي محلها العقار تأسيساً على ان هذه العقود تبقى مدنية حتى ولو صدرت عن تاجر لحاجات تجارية.

وتردد القضاء في تطبيق نظرية الأعمال التجارية بالتبعية بالنسبة للعقود التي محلها العقارات، ونرى ان التصرفات التي ترد على العقارات لا تعتبر تجارية بالتبعية لمجرد ان القائم بها يمارس التجارة، أما ما يقوم به التاجر من عقود وينشأ عنها التزامات ترد على العقار فإنه يمكن ان تكون تجارية بالتبعية كاستئجار العقار لممارسة التجارة[1].

---

(١) انظر د. محمد العريني. القانون التجاري. ص١٣٧ ويرى ان القضاء بدأ يضيق من نطاق الاستثناء الوارد على نظرية الأعمال التجارية بالتبعية المتعلقة بالعقود الواردة على العقارات على نحو قصر هذا الاستثناء على العقود التي تتعلق بكسب او نقل ملكية العقارات او إنشاء حقوق عينية عليها.

ثانياً: الالتزامات غير التعاقدية

تمتد الأعمال التجارية بالتبعية لتشمل التزامات غير تعاقدية إذا كانت تتعلق بتجارة التاجر بحيث تخضع لأحكام قانون التجارة، كالإثراء بلا سبب، والتعويض عن الفعل الضار.

وبالنسبة للإثراء بلا سبب فإن نظرية الأعمال التجارية تمتد لتشمل الالتزامات التي تقع على عاتق التاجر بسبب الفعل النافع في صوره المتعددة، الكسب غير المشروع والفضولي وقبض غير المستحق إذا كانت هذه الالتزامات قد نشأت بمناسبة الحرفة التجارية وبسببها.

وعلى ذلك فإن دين التعويض الذي يلتزم به التاجر نتيجة إثرائه على حساب الغير "دون سبب مشروع" وكان ذلك مرتبطاً بأعماله التجارية يعتبر تجارياً، وكذلك الدين الذي يحكم به على التاجر كتعويض للفضولي الذي قام بالعمل لحساب التاجر وكان العمل مرتبطاً بتجارة التاجر يعتبر تجارياً، وكذلك التزام التاجر برد ما قبضه دون وجه حق تعتبر تلك الالتزامات تجارية بالتبعية متى تعلقت بشؤون التجارة.

وبالنسبة للتعويض عن الفعل الضار فإن نظرية الأعمال التجارية بالتبعية تشمل الالتزامات التي تنشأ في ذمة التاجر بسبب مسؤوليته عن الأعمال الضارة التي يقترفها هو او أي من تابعيه بمناسبة حرفته التجارية او بسببها، وبذلك يعتبر التزام التاجر بالتعويض عن غصبه علامة تجارية او تقليدها، او عن منافسة غير مشروعة أتاها، او عن حادث سير تسبب به احد سائقي سيارات محله التجاري أثناء قيامه بعمله، أعمالاً تجارية بالتبعية.

وعموماً فإن الالتزامات التي تنشأ بسبب تقرير مسؤولية التاجر التقصيرية عن الأخطاء العمدية التي يأتيها هو او احد تابعيه تعد أعمالا تجارية بالتبعية اذا كانت بمناسبة حرفته التجارية وبسببها[1].

---

(١) انظر د. ابو زيد رضوان. المرجع السابق. ٢٥٩.

المبحث الثالث
الأعمال التجارية المختلطة

الأعمال التجارية المختلطة هي عبارة عن علاقات قانونية فيما بين طرفين يصدر عن الأول التصرف القانوني المعبر عنه بالإيجاب، ويصدر عن الثاني التصرف القانوني المعبر عنه بالقبول، ومن التقاء التصرفين القانونيين ينبرم عقد فيما بين الطرفين، وعليه يعد العمل تجارياً بالنسبة لطرفي العقد إذا كانا تاجرين يمارسان عملاً تجارياً، ويعد تجارياً بالتبعية عندما يكون هذا العمل مدنياً لأنه صدر عن تاجر ولحاجة تجارية.

أما إذا كان التصرف تجارياً بالنسبة لأحد أطراف العقد ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر فيعد هذا التصرف من الأعمال التجارية المختلطة بما يعني خضوعه لأحكام القانون التجاري والقانون المدني على النحو الذي سنبينه لاحقاً.

وهكذا فإن العمل التجاري المختلط عبارة عن تصرفين صدرا عن طرفين وكان التصرف الأول بالنسبة للطرف الأول تجارياً والتصرف الثاني بالنسبة للطرف الثاني مدنياً، ومثال ذلك التصرفات التي تصدر عن المستهلكين الذين يمارسون يومياً شراء حاجاتهم من المحلات التجارية، وكذلك بالنسبة للركاب الذين يسافرون من مكان إلى آخر بحيث يبرمون عقود النقل مع الناقل، والعلاقات فيما بين الراهن والمرتهن في عقد الرهن، والمقرض والمقترض في عقد القرض، وغيرها من الأعمال الكثيرة.

والأعمال التجارية المختلطة ليست طائفة مستقلة من الأعمال التجارية ذلك لأنها لا تخرج عن كونها أعمالاً تجارية مستقلة قائمة بذاتها او أعمالاً تجارية بالتبعية، أما النظام القانوني لهذه الأعمال فيعد نظاماً مزدوجاً بحيث يقتضي المنطق القانوني تطبيق أحكام القانون التجاري على من يعد العمل بالنسبة له تجارياً في حين يتعين تطبيق أحكام القانون المدني على من يعد العمل بالنسبة له مدنياً، وعند تطبيق هذا النظام المزدوج تثور مشكلة تتعلق بالاختصاص وبالإثبات[1].

---

(١) انظر د. سميحة القليوبي، القانون التجاري نظرية الأعمال التجارية والتاجر. ط٨١ ص١٠٧. ود. مصطفى كمال طه. القانون التجاري. ط٨٢. ص٨٢. ويقول: "وقد درج الفقهاء على اعتبار الأعمال المختلطة نوعاً قائماً بذاته بجانب الأعمال التجارية بطبيعتها والأعمال التجارية بالتبعية، والواقع من الأمر ان هذه الأعمال لا تعتبر طائفة مستقلة من الأعمال=

أما ما يتعلق بالاختصاص القضائي فمجمل القول في هذه المسألة ان الاختصاص ينعقد لمحكمة المدعي عليه إعمالاً للقاعدة التي تقول ان الدين مطلوب لا محمول، وهذا يعني ان الدعوى تقام أمام المحكمة المدنية إذا كان العمل بالنسبة للمدعي عليه مدنياً وتقام الدعوى أمام المحكمة التجارية إذا كان العمل بالنسبة للمدعى عليه تجارياً[1].

لذلك لا يستطيع من كان العمل بالنسبة له تجارياً ان يقيم دعواه أمام المحكمة التجارية لأنه ملزم بإقامتها أمام محكمة المدعى عليه وهي المحكمة المدنية، لان العمل بالنسبة للمدعى عليه مدنياً، أما إذا كان العمل بالنسبة للمدعي مدنياً فإنه يستطيع ان يقيم الدعوى أمام محكمة المدعى عليه أو أمام محكمة محل إبرام العقد او محل تنفيذه لان المدعى عليه مدين بعمل تجاري[2].

وبالنسبة للإثبات فالحديث في هذا المجال يظهر حق تمسك المدعي الذي كان العمل مدنياً بالنسبة له وتجارياً بالنسبة للمدعى عليه في ان يثبت دعواه بكافة وسائل الإثبات لأنه يثبت عملاً تجارياً، وعلى خلاف ذلك فإن المدعي اذا كان العمل بالنسبة له تجارياً وبالنسبة للمدعى عليه مدنياً فلا يمكنه التمسك بحق إثبات دعواه بشهادة الشهود لأنه ملزم بإتباع أحكام المادة ٢٨ من قانون البينات التي تفرض إثبات ما زاد عن مائة دينار بالبينة الخطية.

هذا عن مسألتي الاختصاص والإثبات أما ما يتعلق بالتضامن والمهل القضائية والفوائد والرهن فإنه بالنسبة للتضامن يمكن لمن كان العمل مدنياً بالنسبة له ان يستوفي دينه كاملاً من أي من المدينين اذا كان العمل بالنسبة لهم تجارياً لأن التضامن مفترض بالنسبة للأعمال التجارية، وعلى عكس ذلك اذا كان العمل بالنسبة للمدعي تجارياً وبالنسبة للمدعى عليه مدنياً فإن الأخير يملك حق الدفع بتقسيم الدين فيما بينه

=التجارية ولا تخرج عن كونها اعمالاً تجارية بطبيعتها او بطريق التبعية اذا تم العمل بين طرفين يقوم احدهما وحده بالعمل التجاري".

(١) لا يتضمن النظام القضائي في الأردن تقسيمات للمحاكم على اسس التخصيص فيما بينها محاكم تجارية ومدنية، وعليه لا تثور مسألة الاختصاص بالنسبة للأعمال التجارية المختلطة.

(٢) انظر د. محمد إسماعيل. القانون التجاري الأردني. ط٨٥. ص١١٢.

وبين باقي المدعى عليهم عند تعددهم الا اذا كان التضامن باتفاق الأطراف او بنص القانون.

أما بالنسبة للمهل القضائية فكما هو معروف يحرم من المهل من كان العمل بالنسبة له تجارياً تأسيساً على انه لا يجوز منح المهل القضائية في الأعمال التجارية الا استثناء، في حين يستفيد من كان العمل بالنسبة له مدنياً من المهل القضائية.

وبخصوص الرهن فإن طرق إثبات العقد تختلف لجهة ما اذا كان الرهن مدنياً او تجارياً، وعلى ذلك فمن الصعب القول ان الرهن يكون بالنسبة لأحد طرفيه تجارياً اذا كان الدين المضمون بالرهن تجارياً.

وعليه فإن قواعد القانون المدني تنطبق عندما يكون الرهن مدنياً وتنطبق قواعد القانون التجاري اذا كان الرهن تجارياً[1].

(١) انظر د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق ص١٢١، ويقول:

" اذا كان الدين المضمون بالرهن مدنياً بالنسبة للمدينين كان الرهن مدنياً تحكمه قواعد الرهن المدني، حتى لو كان الدين تجارياً بالنسبة للدائن، تطبيقاً لذلك يكون الرهن تجارياً اذا كان يضمن الوفاء بقرض عقده المدين لاستخدامه للقيام بعمل تجاري كشراء بضاعة لأجل بيعها".

وقارن د. محمد العريني. المرجع السابق. ص١٤٢ ويقول:" وسبب هذا الحكم هو استحالة تجزئة التصرف الى جزئين يخضع كل منها لقواعد قانونية مختلفة".

المبحث الرابع
الأعمال التجارية البحرية

حددت المادة ٧ من قانون التجارة الأعمال البحرية التي تعتبر تجارية حيث اعتبرت عملاً تجارياً كما وردت في الفقرات "أ،ب،ج،د" من المادة ٧ من القانون وهي على النحو التالي:

أ- كل مشروع لإنشاء أو شراء بواخر معدة للملاحة الداخلية أو الخارجية بقصد استثمارها تجارياً او بيعها وكل بيع للبواخر المشتراة على هذا الوجه.

ب- جميع الإرساليات البحرية وكل عملية تتعلق بها كشراء أو بيع لوازمها من حبال وأشرعة ومؤن.

ج- إجارة السفن او التزام النقل عليها والاقتراض أو الاستقراض البحري.

د- سائر العقود المختصة بالتجارة البحرية كالاتفاق والمقاولات على أجور البحارة وبدل خدمتهم او استخدامهم للعمل على بواخر تجارية.

يستفاد من النص المشار إليه ان العمل يعد تجارياً اذا جاء متعلقاً بالتجارة او بمناسبتها او بسببها بحيث يفترض انه تم بقصد المضاربة وتحقيق الربح، كبناء البواخر بقصد استغلالها في الملاحة البحرية الداخلية او الخارجية وكذلك بقصد استثمارها سواء عن طريق تأجيرها للغير او بيعها.

واعتبر المشرع شراء البواخر عملاً تجارياً بحد ذاته الا ما كان منه شراء لأجل الاستعمال الشخصي كمن يشتري باخرة لأجل الصيد او النزهة فيعتبر هذا العمل مدنياً، والمشرع الأردني قسّم الأعمال التجارية البحرية الى أربع مجموعات نجد قبل التصدي لها ان الحديث عن تجارية الأعمال البحرية يقتضي الإشارة الى الأحكام التي تختص بالتجارة البحرية والاتفاقات المتعلقة بالملاحين وبدل خدمتهم او استخدامهم

وكذلك البيوع البحرية بيع سيف C.I.F وبيع فوب F.O.B وبيع سي. آند. أف C. And. F وبيع F.a.s[1].

وكذلك التأمين البحري والنقل واستخدام العمال وشراء المؤن وتجهيزات البواخر وغيرها مما ورد النص بشأنه في قانون التجارة كالقرض البحري[2] وفقد هذا العقد أهميته في الوقت الحاضر لتعاظم شأن التأمين البحري وتطور أساليبه[3].

وعليه سنناقش الأعمال التجارية البحرية بحيث نتجه بالحديث لتحديد نطاق أعمال التجارة البحرية ومن ثم نبحث في بناء البواخر وشرائها وبيعها والعقود البحرية والإرساليات البحرية والقرض البحري واستخدام الملاحين.

البند الأول: نطاق الأعمال التجارية البحرية

حددت المادة ٧ من قانون التجارة نطاق الأعمال التجارية البحرية في الفقرات الثلاث، بما يستدل على ان هذه الأعمال ليست على سبيل الحصر وفق ما ورد بالفقرة د عندما نصت على سائر العقود المختصة بالتجارة البحرية، لذلك يصح القول إن الأعمال البحرية كما وردت بالمادة ٧ تعتبر تجارية بحكم ماهيتها الذاتية، وهي على سبيل المثال وليس الحصر بحيث ترد بعض الأعمال تجارية وفق ما أشارت إليه الفقرة ٦ من المادة ٧.

---

(١) بيع سيف C.I.F : عبارة عن عقد يلتزم بموجبه البائع نقل البضاعة من ميناء الشحن إلى ميناء الوصول ويتعين عليه ان يؤمن على البضاعة ضد أخطار الرحلة البحرية ويتولى اختيار الباخرة التي تشحن البضاعة. وهو يدفع أجور النقل وأقساط التأمين والمصروفات ويضيفها إلى ثمن البضاعة Cost Insurance and Freight.

وبيع Free on Board– F.O.B- عبارة عن عقد يلتزم البائع بتسليم البضاعة على ظهر الباخرة التي يعينها له المشتري في ميناء الشحن ويتولى المشتري دفع نفقات وأجور نقل البضاعة والتأمين وهو الذي يختار الباخرة.

وبيع Cost and Freight- C-and-F– عبارة عن عقد يلتزم بموجبه البائع بتسليم البضاعة في ميناء الوصول غير ان المشتري يتحمل اقساط تأمين البضاعة.

وبيع Free Alongside Ship- F.A.S– عبارة عن عقد يلتزم بموجبه البائع تسليم البضاعة بجانب الباخرة التي يعينها المشتري.

(٢) يقصد بالقرض البحري : عقد يبرمه مالك الباخرة او ربانها بضمان الباخرة او البضائع او بضمانتهما معاً على نحو اذا هلكت او تلفت الأشياء محل الضمان بحادثة بحرية ضاع على المقرض المبلغ والفوائد، واشتهر هذا القرض باصطلاح قرض المخاطر الجسيمة واصبح هذا النوع من العقود نادر الوقوع. انظر د. محمد فريد العريني. المرجع السابق. ص١٠٤.

(٣) انظر د. اكثم الخولي. قانون التجارة المقارن. ٦٧. ص١٥٦.

البند الثاني: مشروع إنشاء البواخر أو شرائها

يعد العمل الهادف إلى إنشاء البواخر أو شرائها تجارياً، وعليه يجب أن يرد على شكل مشروع، ويشترط في إنشاء البواخر أو شرائها أن تكون معدة للملاحة الداخلية أو الخارجية بالإضافة إلى شرط آخر هو أن يكون مشروع الإنشاء أو الشراء بقصد الاستثمار التجاري أو بقصد بيع الباخرة.

ويخرج من طائفة هذه الأعمال إذا كان إنشاء الباخرة أو شراؤها بقصد الاستفادة منها بصورة شخصية كاستعمالها للنزهة والصيد.

البند الثالث: الإرساليات البحرية ومستلزماتها

الإرسالية البحرية هي الرحلة التي تقوم بها الباخرة على نحو ما تقتضيه طبيعة هذه الرحلة، ذلك ان الخلاف محتدم لغايات اعتبار كل الإرساليات البحرية المتعلقة بالتجارة تثبت لها الصفة التجارية. ومتى اكتسبت الرحلة البحرية الصفة التجارية صارت جميع الالتزامات التي تنشأ بمناسبة خروج الباخرة في رحلتها تجارية[1].

وهناك تطبيق آخر للأعمال التي تعتبر من مستلزمات الإرساليات البحرية والتي تعد تجارية، وهذا التطبيق يتعلق بما تقتضيه تلك الإرساليات من شراء او بيع للوازم، وهذه اللوازم حبال وأشرعة ومؤن. ويعد شراء هذه الأشياء تجارياً باعتباره من مستلزمات الرحلة البحرية.

البند الرابع: إجارة السفن والتزام النقل والإقراض والاستقراض البحري

تضمنت المادة السابعة من قانون التجارة نصاً يقضي بأن إجارة السفن والتزام النقل عليها يعد عملاً تجارياً، وبذلك يكون المشرع قرر الصفة التجارية لعقد إيجار السفينة وكذلك عقد النقل البحري للبضائع.

---

(١) تعد الالتزامات الناشئة من عقد النقل وكذلك الالتزام بالتعويض عن هلاك او تلف البضائع تجارية وإذا كان موضوع الإرسالية البحرية هو نقل الأشخاص فإن الالتزامات الناشئة عن عقد النقل وكذلك الالتزام بالتعويض عن إصابة المسافر تكون التزامات تجارية.

ونرى ان عقد النقل البحري للأشخاص يعد تجارياً من جهة الناقل فقط وانه يعتبر كذلك بالنسبة للأشخاص الذين يسافرون بمقتضى عقد النقل لأغراض تجارتهم.

البند الخامس : العقود الخاصة بالتجارة البحرية

القرض البحري واستخدام الملاحين والتأمين وعقود البيع بأنواعها المتعددة تعد من العقود التي يداخلها عنصر من عناصر الملاحة البحرية، إما لغايات تعلق هذه العقود بالرحلة البحرية، أو لأن عقد البيع يعد من العقود البحرية إذا كان سيتم نقل البضاعة بحراً بموجب عقد النقل المبرم فيما بين مالك الباخرة أو مستأجرها أو قبطانها من جهة وبين الشاحن أو مشتري البضاعة من جهة أخرى.

والتصرفات التي تمثل التزامات أطراف العقود الخاصة بالتجارة البحرية تعد من الأعمال التجارية وفق نص القانون، لان العقود البحرية عموماً تعد تجارية رغم ما قيل عن تنوع عقد التأمين البحري لجهة إن بعض أنواع التأمين وخاصة التبادلي تبقى مدنية.

الفصل الثاني
التاجر والمحل التجاري

ينظم القانون التجاري العلاقات التي تنشأ فيما بين التجار وكذلك العلاقات فيما بين طرفين احدهما تاجراً، وينظم أيضاً طائفة من الأعمال هي الأعمال التجارية.

ويقتضي الحديث عن التاجر تحديد صفته واثبات هذه الصفة وكذلك أهليته التجارية بالإضافة الى التزاماته لجهة مسك الدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري وسنتحدث عن الصفة التجارية وأهلية التاجر واثبات هذه الصفة والتزامات التاجر في المباحث الثلاث التالية:

المبحث الأول: الصفة التجارية وإثباتها[1].

المبحث الثاني: الأهلية التجارية.

المبحث الثالث: التزامات التاجر.

وسيكون حديثنا موجهاً نحو شروط اكتساب الصفة التجارية وهي احتراف التاجر ممارسة الأعمال التجارية لحسابه الخاص، ونحو الصفة التجارية لأشخاص القانون العام، كما نتصدى إلى كيفية إثبات صفة التاجر ثم نتحدث عن أهليته لممارسة التجارة ومنعه من ممارستها وأهلية الصغير والأجنبي وحدود سلطة كل واحد في تحمل الالتزامات لننهي الحديث في هذا الموضوع عن التزامات التاجر.

هذا وسنتحدث عن المتجر باعتباره المحل الذي يمارس فيه التاجر أعماله التجارية لجهة التعريف به وبيان خصائصه وعناصره والتصرفات القانونية التي تلحق به.

---

(١) انظر في شروط اكتساب الشخص الطبيعي صفة التاجر د. أحمد زيادات، د. إبراهيم العموش، الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية، ط٩٥، ص٤٢. ويرى المؤلفان أن هناك اربعة شروط لاكتساب الشخص الطبيعي صفة التاجر هي:

١- ان يقوم الشخص بأعمال تجارية، ٢- ان يقوم بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف، ٣- ان يكون متمتعاً بالأهلية، ٤- ان يحترف القيام بالأعمال التجارية لحسابه الخاص.

كما يرى المؤلفان ان الشرطين الأول والثاني نصت عليهما المادة ١/٩ من قانون التجارة وان الشرطين الثالث والرابع أضافها الفقه.

وقارن د. اكثم الخولي، قانون التجارة اللبناني المقارن، ص٢٧٥ ويقول: "إذا توفر شرط الاحتراف والأهلية التجارية فإن الشخص يكتسب الصفة التجارية".

المبحث الأول
الصفة التجارية للتاجر وإثباتها

عرفت المادة التاسعة من قانون التجارة التجار بأنهم: "الأشخاص الذين تكون مهنتهم القيام بأعمال تجارية: ومثل هذا التعريف نصت عليه قوانين أخرى مقارنة[1]، وهذا التعريف كما ورد النص عليه ينتهي إلى القول ان الشخص يجب أن يتوافر لديه شرطان حتى يكتسب الصفة التجارية وهما:

١- أن يقوم بأعمال تجارية.

٢- أن يقوم بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف.

ونناقش موضوعات تحديد الصفة التجارية وإثباتها في بندين الأول نخصصه للحديث عن شروط اكتساب الشخص الصفة التجارية والثاني نخصصه للحديث عن إثبات الصفة التجارية[٢].

البند الأول: شروط اكتساب الشخص الصفة التجارية

أولاً: احتراف ممارسة الأعمال التجارية

الاحتراف هو تكرار القيام بعمل يتم على أساسه توجيه نشاط شخص ما بصفة معتادة نحو تكراره، ويتضمن الاحتراف معنى الاعتياد إلا ان قيام الشخص باحتراف عمل معين لا يكفي لاعتباره تاجراً، ولا بد أن يكون هذا الاحتراف مهنته ووسيلته

---

(١) عرف المشرع المصري التاجر بالمادة (١) من قانون التجارة:" كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له فهو تاجر"، وعرف المشرع العراقي التاجر بالمادة (٧) من قانون التجارة بما يلي : " يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق هذا القانون"، ويقترب هذان التعريفان مما ورد بالمادة (٩) من قانون التجارة البحريني والمادة (١٣) من قانون التجارة الكويتي والمادة (١٦) من قانون التجارة العماني، والمادة (١١) من قانون الإمارات، وعرف المشرع الأردني التاجر بالمادة (٩) من قانون التجارة وورد النص كما يلي :

" التجار هم: أ- الأشخاص الذين تكون مهنتهم القيام بأعمال تجارية، ب- الشركات التي يكون موضوعها تجارياً".

(٢) انظر في تحديد الصفة التجارية د. سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص١١٧، وترى انه لتحديد صفة التاجر يجب ان يتخذ من عمله نشاطه الرئيسي علاوة على اعتياد هذا العمل.

للارتزاق والكسب، ومثال ذلك أن الشخص الذي يجعل من مهنة المضاربة في البورصة حرفته ووسيلة عيشه يعد تاجراً.

أما المحامي والطبيب والمهندس والمزارع الذي يمارس شراء الأوراق المالية وبيعها بصورة معتادة فلا يعد تاجراً، ونصت المادة ١٢ من قانون التجارة على انه: " لا يعد تاجراً من قام بمعاملة تجارية عرضاً وإنما يجب لاكتساب الصفة أن يقوم الشخص بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف"، وبذلك فإن اتخاذ الشخص مهنة ما لا يعني انه انقطع تماماً إلى التجارة ذلك لأن بالإمكان قيام الشخص بأكثر من مهنة، كما لو مارس إلى جانب الزراعة مهنة تجارية ولا فرق بين أن تكون المهنة التجارية الرئيسة أم لا، لأنه لا يشترط أن يكون احتراف التجارة هو النشاط الوحيد للشخص لكي يعتبر تاجراً.

وهكذا فإن صفة التاجر تطلق على الشخص عندما يقوم بالأعمال التجارية التي تجعل من ممارسته لهذا العمل مجالاً للاحتراف والارتزاق، وهذه الأعمال هي التي ورد النص بشأنها في المادة ٦ من قانون التجارة أي الأعمال التجارية بطبيعتها، وبذلك نستبعد من بينها الأعمال التجارية التبعية وكذلك المختلطة، لأن الأعمال التجارية التبعية لا تعد كذلك إلا بممارستها من قبل تاجر لحاجة تجارية، أما الأعمال التجارية المختلطة فلأنها كما ذكرنا لا تعد طائفة من الأعمال التجارية على أساس أنها ليست مستقلة بذاتها[1].

ثانياً: احتراف الشخص الأعمال التجارية لحسابه الخاص

يجب ان يقوم الشخص بالأعمال التجارية على وجه الاحتراف لحسابه الخاص حتى يعد تاجراً، لأن التجارة وهي تقوم على الائتمان الذي يفرض ان يتحمل من يمارس العمل التجاري تبعة المسؤولية، تستبعد من طائفة التجار المندوب المحلي المكلف بالبيع داخل المحل التجاري، وكذلك المندوب الجوال الذي يعرض عينات من البضائع على المحلات التجارية ويتلقى طلباتهم لحساب رب العمل.

---

(١) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص١١٧ وتقول: " اعتياد الشخص القيام بعمل معين لا يرفعه الى مرتبة المحترف في جميع الأحوال بل يجب علاوة على هذا الاعتياد ان يتخذ من هذا العمل نشاطه الرئيس الذي يعتمد عليه في كسب رزقه بمعنى ان يقوم به على سبيل الاحتراف". وانظر تمييز الحقوق ٨٧/٤١٣ مجلة نقابة المحامين سنة ٩٠ ص١٥٢.

كما لا يعد تاجراً العامل والمستخدم الذي يقوم بالأعمال التجارية لحساب رب العمل، ولا يعد الوكيل بالبيع والشراء تاجراً ولو اتخذ من القيام بالعمل التجاري حرفة معتادة له، ولا يعتبر مدير الشركة التجارية تاجراً لأنه يعمل بأجر ونشاطه التجاري لحساب الشركة وليس لحسابه الخاص، ويستثنى من ذلك مدير شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة إذا كان متضامناً لأنه يكتسب صفة التاجر بصفته شريكاً في شركة التضامن أو شركة التوصية البسيطة إذا كان من الشركاء المتضامنين.

ومع ذلك نجد أن هناك نشاطاً تجارياً يعد معه الشخص الذي يمارسه تاجراً ولو كان يقوم به لحساب الغير لان مثل هذه الأعمال تعد تجارية بذاتها بالنسبة لمن يمارسها، ويستتبع أن يكتسب على أساسها صفة التاجر كما هو الحال بالنسبة للوكيل بالعمولة والسمسار ووكالة الأشغال، ذلك أن كلاً من هؤلاء ومع انه يبرم الصفقات لحساب الغير إلا انه يمارسها باسمه، ويعتبر تاجراً على أساس من خاصية الائتمان والمسؤولية الشخصية كل من يمارس العمل التجاري بحيث تعتبر أعماله عنصراً جوهرياً في ائتمانه.

وعليه تعتبر الشركة تاجراً، ولا يكتسب الشريك الموصي فيها او المساهم صفة التاجر تأسيساً على أن الائتمان يخص الشركة ولا يخص الشريك او المساهم فيها مع التنويه للاستثناء الذي يرد بالنسبة للشريك المتضامن في شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة.

والشركة التي نقصدها بحديثنا هي التي يكون موضوعها تجارياً ويتم تأسيسها للقيام بالأعمال التجارية، ومناط التميز فيما بينها وبين الشركة المدنية يظهر في طبيعة موضوع الشركة وعملها الرئيسي، وان تحديد صفة الشركة المدنية أو التجارية أكثر سهولة من تحديد الصفة التجارية للأفراد فالشركة تعتبر تجارية عندما يكون موضوعها الذي ورد في عقد تأسيسها، وتعتبر مدنية إذا كان موضوعها القيام بأعمال

مدنية كالزراعة ولو قامت إلى جانب أعمالها المدنية الرئيسية بأعمال تجارية بصفة فرعية[1].

ثالثاً: الصفة التجارية للشركة

تلحق الصفة التجارية الشخص الطبيعي والشخص المعنوي، وبالنسبة للشخص الطبيعي فإنه يكتسبها عند توافر الشروط الوارد ذكرها فيما سبق كاحتراف الأعمال التجارية ولحسابه الخاص، أما بالنسبة للشخص المعنوي كالشركات فتتقرر له الصفة التجارية وفق نص المادة ٩ من قانون التجارة والتي تضمنت ان الشركات التي يكون موضوعها تجارياً تعد شركات تجارية.

واثبات الصفة التجارية للشركة يكمن في معرفة موضوع هذه الشركة الذي يستدل عليه من غرض إنشائها كما ورد في عقد تأسيسها، وبناء على ذلك فإن غرض الشركة يحدد على أساس القيام بأي من الأعمال التي نصت عليها المادة ٦ من قانون التجارة كالبيع والشراء لأجل البيع بقصد الربح والتوريد والتأمين والتخزين والوكالة بالعمولة والسمسرة وغيرها مما ورد النص عليه بالمادة المبينة أعلاه.

وبثبوت الصفة التجارية للشركة يتقرر خضوعها لأحكام قانون التجارة على نحو يشهر إفلاسها إذا هي توقفت عن دفع ديونها التجارية، ولا يؤثر شكل الشركة على صفتها التجارية، ذلك لأن الصفة التجارية التي تلحق بها ترتبط بموضوعها وغايتها لا بشكلها، بالإضافة إلى ما ورد بعقد تأسيسها رغم ما ورد في نص المادة السادسة من قانون الشركات الذي تضمن ان الشركات تنقسم إلى أنواع أورد ذكرها أنها شركة التضامن والتوصية البسيطة والتوصية بالأسهم والمساهمة العامة وذات المسؤولية المحدودة والمحاصة والمساهمة الخاصة.

وفي كل الأحوال فإن الشركة إذا كان موضوعها تجارياً تكتسب الصفة التجارية وتخضع لقانون التجارة من حيث اكتسابها الصفة التجارية بما يترتب على

---

(١) انظر د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق ص١٤٧ وما بعدها ويقول: ان اتخاذ الشركة المدنية لأحد الأشكال الخاصة بالشركات التجارية لا يغير من صفتها المدنية ولا يكسبها صفة التاجر، لان العبرة في تحديد صفة الشركة انما هو بطبيعة موضوعها والأعمال التي تقوم بها دون الشكل الذي تتخذه.

ذلك من التزامات تؤدي إلى شهر إفلاسها إن هي توقفت عن دفع ديونها التجارية رغم عدم خضوعها لقانون الشركات لعدم اتخاذها احد الأشكال المنصوص عليها فيه.

رابعاً: الصفة التجارية لأشخاص القانون العام

تعد الدولة من أشخاص القانون العام وكذلك مؤسساتها والوزارات والدوائر التابعة لها، وتعد كذلك الهيئات الرسمية الأجنبية والمنظمات الدولية المحددة وفق أحكام القانون الدولي العام.

والدول بعد ان كانت تقوم بحفظ الأمن والاستقرار وتحقيق العدالة وحماية المواطنين والحدود، تجاوزت ذلك وأصبحت تمارس العديد من الأعمال التجارية إما بقصد الربح لتغطية النفقات الكبيرة التي تتكبدها، وأما لعجز القطاع الخاص عن القيام بتلك الأعمال او رغبته عن ممارستها، وأما للقضاء على الاحتكار، ومثال ذلك ما تمارسه وزارة الصناعة والتجارة من استيراد بعض السلع التموينية والمؤسسات المدنية والعسكرية من استيراد السلع الاستهلاكية المعدة لغرض بيعها للمنتفعين بسعر يقل عن سعرها في السوق المحلي، وما تقوم به وزارة الأشغال من مقاولات وأبنية وكذلك ما تقوم به مؤسسة النقل العام، ومؤسسة مياه الشرب.

وبناء على ما تقدم فإن الدول ومؤسساتها وهي تقوم بالأعمال التجارية لا تعد تاجراً، رغم ان أعمالها تعد تجارية وتخضع لأحكام قانون التجارة ونصت المادة ١٣ من قانون التجارة على انه " لا تعد الدولة ودوائرها ولا البلديات من التجار وإن قامت بمعاملات تجارية إلا أن معاملاتها المذكورة تكون خاضعة لأحكام قانون التجارة".

وعليه تقرر خضوع الأعمال التجارية التي تقوم بها الدولة لقانون التجارة وفق نص المادة ١٣ إلا أنها لا يجوز شهر إفلاسها لما لذلك من تعارض مع الأهداف السياسية وطبيعة الدولة ومؤسساتها تأسيساً على ان الدولة ومؤسساتها العامة لا تكتسب صفة التاجر.

البند الثاني: إثبات صفة التاجر

ان إثبات صفة التاجر من الأمور الهامة التي يسعى لها احد أطراف الدعوى، لأنه يتوقف على ذلك معرفة المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق وكذلك الأمر

فيما يلزم لشهر إفلاس المدين التاجر، لأن الإفلاس نظام يلحق التجار دون غيرهم، واثبات صفة التاجر تعني المدين نفسه عندما يعرض الصلح الواقي من الإفلاس، وعليه عبء إثبات ذلك، لأن الأصل أن هذا الخصم ليس تاجراً، وإذا ادعى الشخص لنفسه الصفة التجارية في مواجهة الغير فعليه عبء إثبات الصفة التجارية، ويمكن ذلك بكل وسائل الإثبات بما فيها البينة الشخصية والقرائن.

وتجدر الإشارة أن الفقه يذهب إلى أن القيد في السجل التجاري لا يكفي دليلاً لإثبات صفة التاجر ويبقى ذلك مجرد قرينة تستكمل الأدلة بأدلة أخرى، ومرد ذلك ان القيد في السجل التجاري لا يكفي لنفي صفة التاجر عن الشخص الذي يحترف التجارة حقيقةً.

وعليه لا يكون الشخص تاجراً أو غير تاجر بقيد اسمه في السجل التجاري أو عدم قيده أو شهرته بين الناس كتاجر، لأن العبرة باحتراف الأعمال التجارية بإثبات ذلك بوسائل الإثبات المختلفة.

وحسم قانون التجارة الأردني هذه المسألة عندما قرر في المادة ١١ منه أن كل من أعلن في الصحف أو النشرات أو أية واسطة أخرى عن المحل الذي أسسه وفتحه للاشتغال بالأعمال التجارية يعد تاجراً وان لم يتخذ التجارة مهنة مألوفة له[1].

البند الثالث: الأهلية التجارية

يكتسب الشخص صفة التاجر عندما يتخذ من الأعمال التجارية مهنة له يمارسها بشكل معتاد بقصد الارتزاق، الا ان هذه الصفة يجب حتى يكتسبها الشخص ان يكون ذا أهلية لممارسته الأعمال التجارية، لأن ممارسة التجارة عبارة عن قيام الشخص بتصرفات لا بد لمن يمارسها ان يتمتع بالأهلية اللازمة للقيام بتلك

---

(١) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص١٣١. حيث تقول: "ويترتب على ذلك ان صفة التاجر لا تنشأ في الحالات التالية: اذا خلع الشخص على نفسه صفة التاجر او قام بإعلان ذلك"، واعتبرت ان الإعلان على الصورة المشار إليها يمكن ان تقوم معها قرينة يمكن اثبات عكسها. وقارن د. محمد إسماعيل. المرجع السابق. ص١٢٤. انظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص١٥٥. ويقول: "لا يكفي ان يصف الشخص نفسه بأنه تاجر لتثبت له هذه الصفة لانها صفة قانونية لا تكتسب بإرادة الأشخاص وإنما لا بد من توافر شرائطها القانونية". وانظر د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق. ص١٥٦.

التصرفات، ولا يكفي القول أن بعض من يتمتعون بأهلية الاتجار ممنوعون من ممارسة مهنة التجارة.

وأحال قانون التجارة فيما يتعلق بالأهلية اللازمة لممارسة التجارة الى الأحكام القانونية كما وردت بالقانون المدني، ونصت المادة ١٥ منه على انه: "تخضع الأهلية التجارية لأحكام القانون المدني" والأهلية التي أراد المشرع الحديث عنها هي أهلية الأداء، والتي تعني قدرة الشخص وصلاحيته لتحمل الالتزامات الناتجة عن قيامه بالتصرفات التي يعتد بها على وجه قانوني سليم بحيث توصف بأنها تصرفات قانونية أي صادرة وفق أحكام القانون، بمعنى ان إرادة الشخص يجب ان تكون حرة واعية سليمة غير مشوبة بعيب ولا يعترضها عارض من العوارض التي تجعل التصرف الصادر عنها غير قانوني.

وأهلية الأداء على النحو الذي وردت أحكامها في القانون المدني عبرت عنها المادة ١١٦ عندما نصت على ان: "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته او يحد منها بحكم القانون".

والأهلية على ما وردت وفق النص المشار إليه تعني بلوغ الشخص سن الرشد ووردت أحكامها في المادة ٤٣ من القانون المدني بأنه ثماني عشرة سنة ويجب ان يكون من بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه وهو ما يعني ان تكون أهلية الشخص البالغ سن الرشد خالية من العوارض التي تنقص منها كما هو حال الجنون والإكراه والتغرير والغبن والعته والسفه والغفلة[١].

وعلى ما تقدم فإن الشخص الذي يكمل ثماني عشرة سنة دون ان يكون مصاباً بعارض من عوارض الأهلية يمكنه ان يزاول مهنة التجارة، وينطبق هذا الحكم على الرجل والمرأة سواء كانت المرأة متزوجة أم لا، وهذا يمكنها من ممارسة التجارة دون شرط أو قيد، وتكتسب صفة التاجر دون موافقة الزوج، وحكم إعطاء الزوجة حق

---

(١) لم يتضمن قانون التجارة الأردني احكاماً خاصة بالأهلية التجارية وأحال بموجب المادة (١٥) منه على احكام القانون المدني الذي نظم الأهلية في المادة (٤٣) كما تحدث في المواد ١١٩- ١٢٢ والمادة ١٧١ عن القاصر المأذون بالتجارة والتصرفات الموقوفة على إذن الولي.

الاتجار مستمد من الشريعة الإسلامية التي أعطت المرأة حرية التصرف في أموالها بالتجارة دون ان تأخذ إذن زوجها بذلك[1].

أولاً: الأهلية لممارسة التجارة والمنع من الاتجار

يقصد بالأهلية في هذا المجال أهلية الأداء وهي قدرة الشخص على تحمل الالتزامات بإرادته على نحو تتجه هذه الإرادة لإحداث اثر قانوني يكسبها حقاً أو يرتب عليها التزاماً، والأهلية بهذا الوصف ورد الحكم بشأنها في المادة ١/٤٣ من القانون المدني على النحو التالي:" ان كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية" كما ورد في الفقرة التالية من ذات المادة ان سن الرشد هو ثماني عشرة سنة شمسية كاملة.

وبناء على ما تقدم فإن الأهلية التجارية تتوافر للشخص رجلاً كان أو امرأة بإكمال سن الثامنة عشرة ولم يفرق القانون المدني الأردني فيما بين الجنسين ولم يمنع المرأة من مزاولة التجارة وأجاز لها اكتساب صفة التاجر بدون اذن زوجها، وهذا الحكم في القانون المدني مستمد من أحكام الشريعة الإسلامية التي أعطت للمرأة المتزوجة وغير المتزوجة ما للرجل من حرية التصرف والاشتغال بالتجارة على عكس بعض القوانين التي أنقصت من أهلية الزوجة وحرمت عليها الاشتغال بالتجارة بغير إذن زوجها[2].

وبالنسبة لمن يكتسب الصفة التجارية يتعين ان يكون بلغ سن الرشد وهو الثامنة عشرة على ان يتمتع بالأهلية الكاملة، وتعني ان لا يكون مصاباً بعارض من عوارضها كالجنون والعته والسفه والغفلة[3] ومع ذلك أجاز القانون للبعض ممن لم يبلغوا سن الثامنة عشرة ممارسة التجارة بشروط هي:

---

(١) هناك بعض التشريعات التي تحرم على المراة المتزوجة ممارسة مهنة التجارة الا بإذن زوجها، انظر المادة (١١) من قانون التجارة اللبناني.

(٢) انظر نص المادة (١١) من قانون التجارة اللبناني وورد على النحو التالي: " ان المراة المتزوجة مهما تكن احكام القانون الشخصي الذي تخضع له لا تملك الأهلية التجارية الا اذا حصلت على رضى زوجها الصريح او الضمني".

(٣) تعتبر الأعمال التي يمارسها الفرد وهو دون سن الثامنة عشرة موقوفة على إجازة الولي، انظر نص المادة (١٧١) من القانون المدني.

١- أن يكون بلغ من العمر خمس عشرة سنة فأكثر.
٢- ان لا يكون مصاباً بعارض من عوارض الأهلية[1].
٣- ان يكون من بلغ من العمر خمس عشرة سنة حصل على إذن بالاتجار ويصدر الإذن من الولي او من المحكمة، وولي الصغير والده ووصي والده ثم جده الصحيح ثم وصي الجد[2] على ان إذن الولي يجب ان يقترن بموافقة المحكمة.
٤- يشترط ان لا يسلم القاصر المأذون له بالتجارة كل ماله، وفي ذلك اختبار القاصر والتحقق من مدى نجاحه في الأعمال التي سوف يمارسها وذلك حرصاً على مصلحته.

ومع ذلك فإن للقاصر والمأذون بالتجارة حق ممارسة جميع مظاهر التجارة بقدر الجزء من المال المصرح له ان يتاجر به، وعليه لا يجوز للقاصر ان يكون شريكاً في شركة تضامن ولا متضامناً في شركة توصية لأن مسؤوليته لا تقوم الا بالجزء من المال المأذون له الاتجار فيه، وأساس ذلك مسؤولية الشريك المتضامن في شركتي التضامن والتوصية تتقرر بكل ذمته المالية سواء منها ما كان في رأس مال الشركة او أمواله الخاصة[3].

وعلى ذلك فلأن القاصر قد يتعرض في حالة دخوله كشريك متضامن لمخاطر اكبر مما يتعرض له لو مارس التجارة منفرداً، فإن الإذن له بممارسة العمل التجاري في جزء من ماله لا تكفي لجعله أهلاً للدخول كشريك متضامن في شركة التضامن أو التوصية، لأنه يكون مستهدفاً لمخاطر تنشأ عن أعمال شركائه بسبب التضامن القائم بينهم كشركاء متضامنين.

وهناك فئات من الناس ممنوعون من ممارسة التجارة كالموظفين والقضاة وان منع هذه الطوائف من القيام بالأعمال التجارية جاء حرصاً على ما يقومون به من خدمة

---

(١) انظر نص المادة (٤٢) من القانون المدني، لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن.
(٢) انظر نص المادة (١٢٣) من القانون المدني.
(٣) انظر د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق ص ٢٠٤. ود. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص١٣٤. ود. محمد العريني. المرجع السابق ص١٥٥ ود. محمد إسماعيل . المرجع السابق ص١٢٧.

عامة، وإنهم اذا قاموا رغم المنع بأعمال تجارية فتعد هذه الأعمال صحيحة نافذة ولا يؤثر على صحة هذه الأعمال الحظر الذي تضمن عدم السماح لهم بالجمع بين مهنة معينة والتجارة، ذلك ان الممنوعين من ممارسة التجارة يترتب على مخالفتهم للمنع توقيع جزاءات تأديبية بحقهم وليس بطلان تصرفاتهم التجارية، واستقر الاجتهاد على ان احتراف التجارة من الممنوعين من ممارسة الأعمال التجارية يؤدي إلى اكتسابهم صفة التاجر وتنطبق بشأنهن أحكام قانون التجارة ويؤدي توقفهم عن الدفع إلى إعلان إفلاسهم[1].

ثانياً: أهلية الصغير لممارسة التجارة

ذكرنا ان قانون التجارة أحال ما يتعلق بالأهلية التجارية الى الأحكام الواردة في القانون المدني.

وأجازت هذه الأحكام للصغير أن يمارس الأعمال التجارية ويكتسب صفة التاجر وفق الشروط التي حددتها المواد ١١٩، ١٢٠، ١٢٣ من القانون المدني والمتضمنة أن الصغير يمارس الأعمال التجارية صفة التاجر بتحقق الشروط التالية:

١- ان يكون أكمل الخامسة عشرة من عمره.

٢- أن يكون قد أذن له وليه بممارسة التجارة.

وحددت المادة ١٢٣ من القانون المدني ولي الصغير أبوه ثم وصي أبيه ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة أو الوصي المعين من المحكمة.

٣- صدور ترخيص من المحكمة يجيز للصغير ممارسة الأعمال التجارية.

وهذه الشروط ورد النص بشأنها بالمادة ١١٩ من القانون المدني على النحو التالي: "للولي بترخيص من المحكمة أن يسلم للصغير إذا أكمل الخامسة عشرة مقداراً من ماله ويأذن له بالتجارة تجربة له ويكون له مطلقاً أو مقيداً ممارسة الأعمال التجارية وإذا توفي الولي الذي أذن للصغير أو انعزل من ولايته لا يبطل إذنه".

---

(١) نصت المادة (١٤) من قانون التجارة على انه: " اذا اشتغل الموظفون والقضاة الممنوعون من الاتجار قانوناً بالمعاملات التجارية فتشملهم الأحكام القانونية المتعلقة بالصلح الواقي والإفلاس".

وبناء على ما سلف فإنه يتحقق للصغير ممارسة الأعمال التجارية بصورة قانونية ببلوغه سن الخامسة عشرة من عمره وغير مصاب بجنون أو عته شريطة أن يأذن له وليه وبموافقة المحكمة بممارسة تلك الأعمال.

ونرى أن موافقة المحكمة على إذن الولي للصغير بممارسة الأعمال التجارية أمر ضروري تتأكد به من قوة إدراك الصغير لما سيأتيه من تصرفات، على أن هذا الصغير ستكون تصرفاته في جزء من ماله، بما يعني انه لا يجوز أن يكون شريكاً متضامناً في شركة التوصية البسيطة أو شركة التضامن لأنه غير مسؤول في ذمته المالية عن ديون الشركة كما هو مقرر للشريك المتضامن ومسؤوليته تقف عند حدود الجزء من ماله الذي أجيز له أن يتاجر به.

وعلى هذا النحو لا يمتنع أن يكون الصغير شريكاً موصياً أو شريكاً في شركة مساهمة عامة محدودة أو ذات مسؤولية محدودة وقرر المشرع المأذون له بممارسة الأعمال التجارية أن وفاة وليه الذي أذن له أو عزل من ولايته لا يبطل الإذن الذي صدر له[1]. ومع ذلك إذا رأت المحكمة إن إبطال الإذن فيه مصلحة للصغير فإنها تبطله من تلقاء نفسها وبدون طلب الولي ولا موافقته[2].

ثالثاً: أهلية الأجنبي لممارسة التجارة

تضمنت قواعد القانون الدولي الخاص، كما وردت في القانون المدني باعتبارها قواعد الإسناد التي ترشد القاضي الى القانون الواجب التطبيق، أحكاماً تتعلق بكيفية تحديد أهلية الأجنبي الذي يمارس نشاطاً في المملكة ويكون النشاط ذا عنصر أجنبي يجعل منه موضوعاً لتنازع القوانين.

وتضمنت المادة ١٢ من القانون أحكاماً تبين كيفية تحديد أهلية الشخص والقانون الذي يحدد هذه الأهلية وورد النص على النحو التالي:

"يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم، ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية

---

(١) انظر نص المادة ٢/١٢٩ من قانون التجارة.

(٢) انظر نص المادة ٢/١٢٤ من قانون التجارة.

وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

ومقتضى هذا النص يوضح ان ما تقضي به الأحكام المتعلقة بأهلية الأجنبي هو أن يخضع لقانون دولته التي ينتمي اليها باعتبار ذلك القانون واجب التطبيق، بمعنى انه يقرر شروط بلوغه سن الرشد وما يتعلق بحالته المدنية وأحواله الشخصية كالزواج والطلاق والإرث والنسب، ولا بد من إعمال قواعد قانون الدولة التي ينتمي إليها هذا الأجنبي بالخصوص المبينة فيما سبق.

وعلى ذلك اذا كان الأجنبي مصرياً فلكي يعتبر قد بلغ سن الرشد يجب ان نتحرى هذا السن وفق القانون المدني المصري الذي حدد سن الرشد بواحد وعشرين سنة، وهو ذات السن الذي يبلغه الأجنبي بموجب القانون الفرنسي والإنجليزي[1].

ولأن المعاملات التجارية تتم في كثير من الأحيان بسرعة كبيرة ولا يتحقق المتعاقدون من أهلية بعضهم بعضاً لغايات سن الرشد، ولأنه قد يقع المتعاقد الأردني في خطأ ينجم عنه إبرام عقد مع شخص ناقص الأهلية لصغر سنه بموجب قانون جنسيته، فقد أورد المشرع الأردني استثناء يؤدي حتماً الى حماية المتعاقد الأردني من خطر الوقوع في خطأ التعاقد مع شخص لم يبلغ سن الرشد على نحو ما ذكر، وجاءت هذه الحماية بمقتضى الحكم الوارد في نص المادة ١٢ كما يلي:

"ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

---

(١) سن الرشد في القانون الإسباني ثلاث وعشرون سنة، وسن الرشد في القانون النمساوي أربع وعشرون سنة، وسن الرشد في القانون المكسيكي خمس وعشرون سنة، ولاحظ ان سن الرشد في القانون اليمني خمس عشرة سنة.

المبحث الثاني
التزامات التجار

يترتب على عاتق التجار التزامات متنوعة منها الالتزامات الاتفاقية وهي التي تتجه إرادتهم إلى تحملها ، ومنها الالتزامات القانونية وهي التي يفرضها المشرع، على نحو يجب على التجار ان ينفذوها لوجود جزاءات عند الإخلال بتلك الالتزامات، والحديث في هذا المبحث يكون عن الالتزامات القانونية وهي القيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر ونناقش هذين الالتزامين في بندين:

البند الأول: القيد في السجل التجاري.

البند الثاني: مسك الدفاتر التجارية.

ويتضمن الحديث عن التزام القيد في السجل التجاري أهمية السجل وشروط قيد التجار فيه وبياناً للأشخاص الخاضعين للقيد في السجل التجاري والبيانات التي تقدم مع طلب القيد ، وآثار القيد في السجل.

أما مسك الدفاتر التجارية فيكون الحديث عنه كالتزام على عاتق التجار عن أنواع الدفاتر التجارية والنظام القانوني لها لجهة أسس تنظيمها ومدة الاحتفاظ بها وحجيتها والإطلاع عليها وجزاء عدم تنظيمها.

البند الأول: القيد في السجل التجاري

حرص التجار منذ العصور الوسطى على ان يقيدوا أسماءهم وبعض البيانات عن تجارتهم في سجلات أطلق عليها "سجلات المهن"، وكان هدف قيد الأسماء هو تحديد هوية من يمتهنون التجارة باعتبار تلك المهنة كانت حقاً لفئة من الناس بالإضافة إلى ان القصد من وراء تلك السجلات كان تنظيم شؤون المهنة في ظل مجتمعات الطوائف.

وأثر تغير المفاهيم وتطور نظرة المجتمعات للعمل التجاري والتجارة وبعد ان بات من المحتم إبراز النظرية المادية في تحديد معايير تفعيل قواعد قانون التجارة نحو إنهاء دور نظام الطوائف، أصبحت وظيفة السجل التجاري ذات شأن ينظر اليها باعتبارها

تبعث الطمأنينة والثقة لدى المتعاملين مع التجار بما تتضمنه من معلومات ينكشف بواسطتها المركز القانوني للمقيدين في السجل والتصرفات التي تصدر عنهم.

وعلى ذلك يمكن وصف السجل التجاري بالتعريف الدال على طبيعته ووظيفته في انه نظام يوجب قيد المعلومات الدالة على التجار وتحديد مراكزهم القانونية لدى إحدى الجهات الرسمية في الدولة(1).

البند الثاني: مسك الدفاتر التجارية وأنواعها

الالتزامات القانونية التي يتحملها التاجر تجعله مديناً بما يترتب عن هذه الالتزامات كآثار اتجهت إرادته إلى تحقيقها، ولا بد ان يثبت ما له وما عليه في دفاتر الزمه المشرع بتنظيمها.

وسنتحدث عن أنواع من الدفاتر التي أوجب المشرع ان ينظمها التاجر، وجاء حكم القانون يبين أنواعاً من هذه الدفاتر، ويعد الالتزام بتنظيم البعض منها إجبارياً والبعض الآخر يعد تنظيمه اختيارياً على نحو يفيد التاجر لغايات تنظيمية.

ورغم أن التزام التاجر بتنظيم دفاتر تجارية جاء بحكم القانون فإن لذلك أهمية بالغة وفائدة كبيرة تعود على التاجر والمتعاملين معه بالنفع، ذلك ان المعلومات التي تثبت بها وتوثق من خلالها تجعل التاجر يستطلع أولاً بأول موقفه المالي وأية اختلالات في تجارته، ويبقى دائم التعرف بأحوال مشاريعه التجارية ومدى تحقق نجاحها، وأكثر من ذلك فإنه بالنسبة لعلاقته مع العملاء تعد الدفاتر التجارية المنظمة مظهراً لجدية التاجر وبالتالي هي وسيلة إثبات لمصلحته ومصلحة من يتعامل معه عند نشوب نزاع فيما بينهما.

ولجهة أخرى فإن التاجر يستفيد من الالتزام بتنظيم دفاتر تجارية لغايات ضريبية او جمركية على نحو يستطيع اعتمادها عند تعبئة كشف ضريبة الدخل وكذلك يستفيد التاجر الأمين الذي ينظم عمله من خلال الدفاتر التجارية بأن لا يكون عرضة

---

(1) انظر د. محمد إسماعيل. المرجع السابق. ص159، ويعرف السجل بأنه: "السجل الذي تمسك به إحدى الجهات الرسمية في الدولة لتحقيق غايات قانونية وإعلانية واقتصادية من خلال تدوين المعلومات المحددة للمراكز القانونية لكل التجار (أفراد وشركات) والمؤسسات التجارية".

لاتهامه بأن لديه بضائع غير مجمركة، وفوق كل ما ذكر فإن التاجر الذي ينظم عمله في دفاتر تجارية يستفيد من الصلح الواقي من الإفلاس[1].

ولأهمية الدفاتر التجارية فقد نظمها المشرع بموجب أحكام قانون التجارة في المواد ١٦ ـ ٢١ حيث عرفها وحدد أنواعها وبين مدة الاحتفاظ بها وحالات الإطلاع عليها كما نظمها المشرع بموجب أحكام قانون البينات في المواد ١٥، ١٦، ١٧ من حيث قوتها في الإثبات لمصلحته او ضد خصمه في الدعوى[2].

وهكذا فإن المشرع الزم كل تاجر أن يمسك الدفاتر التجارية، بما يعني أن كل من يكتسب صفة التاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً ويمارس عمله في الأردن ان يلتزم بتنظيم دفاتر تبين أحوال تجارته.

ونبين فيما يلي أنواع الدفاتر التجارية وأحكامها من حيث تنظيمها وصحتها والإطلاع عليها.

أولاً: الدفاتر الإجبارية

يمثل هذا النوع من الدفاتر الحد الأدنى من الوثائق التي يتعين على التاجر تنظيمها بشأن أوضاع تجارته، وورد حكم النص في المادة ١٦ من قانون التجارة يلزم كل تاجر ان يمسك على الأقل ثلاثة دفاتر هي:

١- دفتر اليومية:

يسري التزام تنظيم دفتر اليومية على كل تاجر مهما كانت درجة أهمية تجارته او طبيعتها على نحو يتعين على جميع التجار الالتزام بتنظيم هذا النوع من الدفاتر وحددت المادة ١٦ من قانون التجارة ما يقيد في هذا الدفتر عندما عرفته بأنه:

"الدفتر الذي يجب ان يقيد فيه كل يوم جميع الأعمال التي تعود بوجه من الوجوه الى عمله التجاري وتقيد فيه بالجملة في كل شهر النفقات التي انفقها على نفسه وأسرته".

---

(١) انظر نص المادة (٢٩١) من قانون التجارة: "على التاجر ان يقدم تأييداً لهذا الطلب دفاتره التجارية الإجبارية المنظمة وفاقاً للأصول منذ ثلاث سنوات على الأقل".

(٢) نظم المشرع الدفاتر التجارية بأحكام وردت في عدة قوانين كقانون ضريبة الدخل وقانون الجمارك وقانون اصول المحاكمات المدنية بالإضافة إلى الأحكام العامة كما وردت في قانون التجارة في المواد من (١٦- ٢١).

ومن هذا التعريف يتضح ان دفتر اليومية يقيد فيه البيانات التي تبين العمليات التي يقوم بها التاجر، وكذلك ما يسحبه لنفقاته الشخصية ونفقات أسرته.

لذلك فإن ما يجب ان يقيد في دفتر اليومية هو حصيلة عمليات التاجر لكل يوم من بيع وشراء، وقد يستعين التاجر بدفاتر مساعدة يبين فيها عمليات البيع والشراء المنفردة على ان ينقلها الى دفتر اليومية بصورة مجملة عند نهاية كل يوم، ويدون في هذا الدفتر كذلك المعلومات الشخصية للتاجر وأسرته بصورة واضحة[1].

أما الدفاتر المساعدة كالخرطوش والمسودة فهي غير إجبارية يستعين بها التاجر، بحيث يخصص بعضها للعمليات التي يجريها بيعاً والبعض الآخر للعمليات التي يجريها شراء وغيرها للمصروفات.

٢- دفتر صور الرسائل:

لا شك أن هناك علاقات تتم فيما بين التاجر وغيره من التجار وغير التجار بالإضافة إلى العلاقات التي يرتبط بموجبها بالدوائر الرسمية كضريبة الدخل والجمارك ووزارة الصناعة والتجارة. وهذه العلاقات لا بد أن يكون من مفرداتها رسائل متبادلة فيما بين التاجر والغير تحتوي على مضمون تلك العلاقة، وأوجب نص المادة ١٦ من قانون التجارة أن تنسخ في هذا الدفتر الرسائل والبرقيات التي يرسلها التاجر للغير أو يتلقاها من الغير ويتم ترتيبها بحيث تكون هذه الدفاتر عبارة عن بنك للمعلومات المتبادلة فيما بين التاجر والغير حول شؤون تجارته.

ويساعد إعمال النص كما ورد في قانون التجارة على أن يحتفظ التاجر في هذه الدفاتر بنسخة ثانية من الرسائل والبرقيات التي أرسلها، وكذلك الاحتفاظ بالرسائل التي يتلقاها بالإضافة إلى المستندات والوصولات المتعلقة بأحوال تجارته.

وأهمية هذا النوع من الدفاتر تبدو في الدور الذي يؤديه لغايات إثبات الأعمال التجارية والتي يرتبط بها التاجر بغيره ذلك لأنها تدعم البيانات التي ترد في الدفاتر الأخرى.

---

(١) يعارض معظم الكتاب تدوين مصروفات التاجر الشخصية على نحو تفصيلي لان في ذلك تدخلاً في حرية التاجر الشخصية، انظر في ذلك د. ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص٩٦. ود.محمد إسماعيل، المرجع السابق، ص١٤٥. ود. فوزي محمد سامي، المرجع السابق، ص١١٣.

٣- دفتر الجرد والميزانية:

يتضمن هذا الدفتر بيانات مدونة عن تفاصيل عمليات التاجر في آخر السنة المالية بحيث يبين إجمال هذه العمليات، وورد حكم المادة ١٦ فقرة جـ يتضمن كيفية تنظيم دفتر الجرد والميزانية بحيث يبين التاجر ما يملكه من أموال سواء كانت نقدية او عقارية او أوراق تجارية أو أرصدة بالبنوك لأن في هذه العملية ما يوضح مجمل الذمة المالية للتاجر من حقوق والتزامات.

ودفتر الجرد والميزانية ينظم في مرحلتين بحيث يظهر أنهما دفتران عندما يتضمن الشق الأول منه البضائع وأنواعها ومقدار الأموال التي يملكها التاجر والتزاماته التي سيفي بها، ويتضمن الشق الثاني موازنة أعمال التاجر عند نهاية كل سنة، وبموجب هذا الدفتر تتضح خلاصة أعمال التاجر وبيان مركزه المالي وحساب الأرباح والخسائر.

ثانياً: الدفاتر الاختيارية

إذا كان التزام التاجر بتنظيم ثلاثة أنواع من الدفاتر التجارية جاء بحكم القانون بما يعني أن هذه الدفاتر إجبارية فإنه يجب عليه أن يحتفظ بها المدة القانونية، هذا وفرضت طبيعة الأعمال التجارية وتشعبها على التاجر أن يستعين بدفاتر تجارية أخرى إضافية وفق مقتضيات أعماله ومن هذه الدفاتر:

١- دفتر الأستاذ:

ويتضمن معلومات يدونها التاجر عن خلاصة أعماله وفق تنظيم لمفردات أعماله، ويبين هذا الدفتر ما يترتب على التاجر وما يستحقه بما يعني ان هناك كشف حساب يتضمن في شقين منه دائن ومدين، الوضع التجاري للمتعاملين معه، بحيث يقيد في الشق الأول ما يطلب من التاجر وهو ما يعبر عنه بالمدين في حين يقيد في الشق الثاني ما يطلب للتاجر وهو ما يعبر عنه بالدائن.

٢- سجل الأوراق التجارية:

يدون التاجر في هذا السجل مجمل علاقاته في الالتزام الصرفي الناتج عن الأوراق التجارية سواء إسناد سحب أو إسناد لأمر "السند الإذني" "الكمبيالة" أو الشيكات

بحيث يعطي سجل الأوراق التجارية صورة صحيحة لالتزامات التاجر وحقوقه في الأوراق التجارية ويبين إذا كان ساحباً للورقة أو مظهراً أو متدخلاً في قبولها او مسحوباً عليه.

٣- دفتر الصندوق والمخزن:

يدون التاجر في دفتر الصندوق ما لديه من سيولة نقدية وأوراق تجارية بحيث تقيد فيه ما يدخل وما يخرج بتواريخ منظمة ويكون على علم بحركة السيولة النقدية المتوفرة لديه ويسجل فيه كل المبالغ التي تدخل الصندوق أو تخرج منه وهذا الدفتر يشكل أهمية كبيرة بالنسبة للبنوك.

البند الثالث: أسس تنظيم الدفاتر التجارية

إن هذه الدفاتر ذات أهمية كبيرة في العلاقات العقدية فيما بين التجار، ولأهميتها في الإثبات وحجيتها في مواجهة المتعاملين مع التاجر، أولاها المشرع عنايته في حكم المادة ١٧ من قانون التجارة حيث أوجبت ان يتم تنظيم الدفاتر التجارية الإجبارية بحسب التاريخ وبلا بياض ولا فراغ ولا نقل الى الهامش ولا محو ولا تحشية بين السطور.

وهذا الأساس التنظيمي للدفاتر التجارية يبقى الثقة بهذه الدفاتر بحيث يمكن اعتمادها في الإثبات، سيما وان تنظيمها على نحو ما ذكر دون ترك بياض او فراغ ودون تحشية بين السطور، يمنع منظمها من إضافة أي جديد عليها او تعديل فيها او استبدال غيرها بها، كما يتعين ان تكون الدفاتر ذات صفحات مرقمة وان يؤشر مراقب السجل التجاري عليها ويوقعها بما يعني انه اطلع عليها بالصورة التي ابتغاها المشرع، ونصت المادة ١٨ من قانون التجارة على انه:

"يجب ترقيم الدفاتر المذكورة والتأشير عليها وتوقيعها من مراقب السجل التجاري" والمقصود من ترقيم مراقب السجل على هذه الصفحات هو منع إتلاف بعض الصفحات أو تغييرها او تبديل الدفتر بآخر على نحو يضمن صحة بيانات الدفاتر. وتصدى القضاء لهذه النقطة بقرار صدر عن محكمة التمييز رقم ٨٦/٦٦٩ تاريخ ٨٦/١٠/١٥ وورد نصه كما يلي:

"ان قول المدعى عليه بأن دفتر الشركة المدعية غير منظم وفقاً للقانون لأنه جاء خلواً من توقيع مراقب السجل التجاري كما تقتضي بذلك المادة ١٥ من قانون التجارة

لا يؤثر على النتيجة ما دام الدفتر مؤشر عليه بختم المراقب، ذلك ان المقصود من ترقيم الصفحات ووضع توقيع المراقب على كل صفحة منها هو منع إتلاف بعض الصفحات او تغييرها او تبديل الدفتر بآخر مصطنع، والهدف من ذلك كله واحد وهو ضمان صحة البيانات في هذا الدفتر بقدر الإمكان ليستطيع القضاء ان يطمئن إليها في الإثبات[1].

البند الرابع: الاحتفاظ بالدفاتر التجارية

أوجب قانون التجارة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية مدة عشر سنوات حيث نصت المادة ١٩ على انه: " يجب على التاجر ان يحفظ الدفاتر بعد اختتامها مدة عشر سنوات"، ويدل حكم النص ان هذا الواجب مفروض على التاجر بالنسبة للدفاتر الإجبارية وليس الاختيارية على ان الإخلال بهذا الالتزام القانوني يعرض التاجر للجزاءات المقررة لمن لا ينظم دفاتر تجارية، وهذا يعني أن مدة السنوات العشر ليست مدة تقادم يسقط بمرورها حق الادعاء بالحقوق.

وهكذا فإن هذه المدة التنظيمية قد رتب القانون جزاء لمخالفتها على نحو ما سنبينه في البند الخامس، ومدة الاحتفاظ بالدفاتر تبدأ بتاريخ إقفال الدفاتر أي من تاريخ آخر قيد تم إثباته فيها وكان النص واضحاً لهذه الجهة حيث ورد بأنه: " يجب على التاجر أن يحفظ الدفاتر بعد اختتامها مدة عشر سنوات" واختتام الدفاتر يعني عدم الاستمرار بالقيد فيها.

وبانقضاء مهلة السنوات العشر للتاجر أن يتلف هذه الدفاتر، وله أن يحتفظ بها إذا رأى في ذلك مصلحة له، ذلك انه يمكن الاحتجاج بها طالما أن الحقوق الواردة فيها لم تنقضِ.

لذلك فإن التاجر يستطيع ان يتمسك بدفاتره كبينة له حتى مع انقضاء مهلة العشر سنوات وأيضاً يستطيع خصم التاجر التمسك بدفاتر التاجر التجارية، على انه إذا ادعى التاجر انه أتلفها لمرور المدة الواردة في المادة ١٨ فيمكن لخصمه إقامة الدليل على أنها موجودة.

---

(١) تمييز حقوق ٨٦/٦٦٩ مجلة نقابة المحامين سنة ٨٩، ص٢٥٢.

عند ذلك يلتزم بتقديمها للقضاء، لان المدة الواردة في المادة ١٩ تعد قرينة لمصلحة التاجر انه اتلف دفاتره إلى ان يثبت عكس ذلك[1].

البند الخامس: حجية الدفاتر التجارية

إن اعتماد الدفاتر التجارية في الإثبات يمكّن المحكمة من الحكم لأحد المتخاصمين في الدعوى، وإذا كان الأصل أن الشخص لا يجوز أن يصنع دليلاً لنفسه وانه لا يجبر على تقديم دليل ضد نفسه إلا ان خصائص التجارة أوجبت تدخل المشرع كي يخرج عن الأصل العام الذي يمثل في بعض الأحيان استثناء من القاعدة على نحو ما أراده المشرع في قانون التجارة، عندما أجاز اعتماد الدفاتر التجارية دليلاً يثبت به الحق للتاجر ولو صنعه بنفسه او يثبت ضده الحق حتى عندما يجبر على تقديم هذا الدليل.

وفي هذا قضت محكمة التمييز الأردنية أن المشرع قرر للدفاتر التجارية حجية معينة في الإثبات حيث ورد في قرار لمحكمة التمييز ما نصه: "يستفاد من نص الفقرة الثانية من المادة ١٦ من قانون البينات ان القانون أضفى على الدفاتر التجارية حجية معينة في الإثبات، وخرج فيها عن حكم القاعدة التي لا تجيز للشخص ان ينشئ دليلاً لنفسه ومنح التاجر حق التمسك ببيانات دفاتره لمصلحته، وهو اعتبار املته الثقة والسرعة اللتان تتصف بهما الأعمال التجارية، كما ان للتاجر الآخر الذي يحتج عليه بالدفاتر إثبات عكس ما جاء فيها من بيانات بجميع طرق الإثبات"[2].

وسنناقش في هذا البند حجية الدفاتر لمصلحة التاجر او ضده اذا كانت منظمة ومدى حجيتها اذا كانت غير منظمة وجزاء عدم تنظيمها ثم نتصدى بعد ذلك الى طرق الإطلاع على الدفاتر في الأحوال التي قررها المشرع.

---

(١) انظر د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص١٦٦. وقارن د. سميحة القليوبي، القانون التجاري، ط٨١، ص١٥٥، حيث أوردت محاولة المشرع الفرنسي التوفيق بين مدة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية ومدة سقوط الحقوق بالتقادم.

(٢) انظر تمييز حقوق ٨٨/٦٩٠ مجلة نقابة المحامين سنة ٨٩ ص٢٥٢. وانظر د. أكثم الخولي، مبادئ القانون، ص٢٠٣ حيث يقول "ان الإثبات بالدفاتر لا يخالف مبدأ ان الشخص لا يمكن ان يصطنع دليلاً لنفسه لو كان الطرف الآخر تاجراً وانه لا يعدو ان يكون إثباتاً بالقرائن التي يقدر القاضي قيمتها في كل حالة على حدة طبقاً لظروف الدعوى".

أولاً: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر

يتعين التمييز بالنسبة لحجية الدفاتر التجارية في الإثبات لمصلحة التاجر بين ما اذا كانت العلاقة فيما بين تاجرين وبين ما اذا كانت هذه العلاقة فيما بين التاجر وغير التاجر.

فإذا كان الخصم تاجراً فإن الدفاتر التجارية تصلح دليل إثبات لمنظمها ضد خصمه التاجر وفق حكم المادة ١٦من قانون البينات حيث نصت على ان دفاتر التجار الإجبارية تصلح لأن تكون حجة لصاحبها في المعاملات المتعلقة بتجارته اذا كانت منظمة وكان الخلاف بينه وبين تاجر، وبهذا يجوز للقضاء قبول الدفاتر التجارية لغايات الإثبات في دعاوى التجار اذا كانت مستوفية الشروط القانونية على نحو يمكن القول ان دفاتر التجار دليل كاف للإثبات يستطيع منظمها التمسك بها لمصلحته، ويقتضي ذلك ان يكون النزاع فيما بين تاجرين وان يكون هذا النزاع ذا علاقة بالعمل التجاري بالإضافة الى ان تكون الدفاتر التجارية التي يريد التاجر التمسك بها كدليل لإثبات حقه في مواجهة خصمه منظمة تنظيماً قانونياً على نحو ما ورد سابقاً.

وهكذا اذا توافرت الشروط فإن القاضي يحكم للتاجر الذي قدم دفاتره بالحق الذي يدعيه إلا اذا قدم خصمه التاجر دفاتره أيضاً وكانت منظمة وتبين منها تناقضاً مع دفاتر المدعي، فإنه بهذه الحالة يحكم القاضي بأن البينتين متهاترتان بما يعني استبعادهما من البينة. وله ان يرجح احداهما وهو ما قضت به المادة ١٧ من قانون البينات.

أما إذا كان الخصم غير تاجر فإنه لا يصح اعتماد دفاتر التجار الا إذا كان الطرفان قد اتفقا على ان تكون بينة فيما بينهما، او اذا كانت المطالبة تقل عن عشرة دنانير وبهذه الحالة تعد الدفاتر مجرد وسيلة لاستخراج القرائن الدالة على ثبوت الحق عند خصم التاجر.

على انه اذا كانت قيمة المطالبة تزيد عن العشرة دنانير فإن الدفاتر التجارية غير كافية للاستناد عليها والحكم على أساسها وتعتبر دليلاً ناقصاً يمكن استكماله بتوجيه اليمين الى الخصم غير التاجر، وورد نص المادة ١٥ من قانون البينات يؤكد ان

الدفاتر التجارية لا تكون حجة على غير التجار إلا أن البيانات الواردة فيها عما أورده التجار تصلح أساساً، يجيز للمحكمة ان توجه اليمين المتممة لأي من الطرفين.

ثانياً: حجية الدفاتر التجارية في الإثبات ضد التاجر

تصلح الدفاتر التجارية بنوعيها الإجبارية والاختيارية للإثبات ضد التاجر الذي نظمها، وورد نص المادة ١٦ من قانون البينات بحكم مفاده ان الدفاتر التجارية حجة على صاحبها سواء كانت منظمة أم غير منظمة، وبهذه الحالة فإن خصم التاجر الذي يحتكم إلى دفاتر نظمها التاجر[1] يكون من حقه الاستناد إليها باعتبارها تمثل إقراراً كتابياً أصدره التاجر، ومع ذلك فإن خصم التاجر إذا أراد الاحتكام إلى دفاتر التاجر فعليه ان لا يجزئ منها ما يثبت به ادعاءه ويستبعد الباقي.

بمعنى ان من يدعي انه دائن لتاجر وأراد أن يستند إلى دفاتر هذا التاجر فليس له أن يتمسك بجزء منها ويستبعد الآخر لأنه إنما يستند إلى إقرار لا يجوز لمن أراد اعتماده أن يجزئ هذا الإقرار يأخذ منه ما يؤيد دعواه ويترك ما يدفعها.

ثالثاً: حجية الدفاتر التجارية غير المنظمة

لا تحوز الدفاتر غير المنظمة حجية في الإثبات، لأنها تعتبر استثناء على الأصل لا يجوز التوسع فيه، بمعنى أن القاعدة تقضي أن لا يصنع الشخص دليلاً لنفسه ولا يجبر ان يقدم دليلاً ضد نفسه، وورد اعتماد الدفاتر التجارية دليلاً يعتمد عليه القاضي في قضائه استثناء من الأصل إذا كانت منظمة، بمعنى أنها مرقمة وموقعة ومختومة من مراقب السجل التجاري، بالإضافة إلى أن البيانات المدونة فيها عبارة عن عمليات دونت حسب تواريخ وقوعها دون ترك بياض أو فراغ، وليس في هذه الدفاتر شطب أو تحشية، لذلك تعد الدفاتر التجارية غير المنظمة من بين المستندات التي يمكن عرضها أو إبرازها في معرض البينة لاستخلاص ما يتعلق منها بالنزاع باعتبارها لا تمثل دليلاً له كفاية ذاتية.

وتضمن حكم المادة ٢١ فقرة ١ من قانون التجارة بأنه:" فيما عدا الأحوال المذكورة في المادة السابقة يمكن على الدوام عرض الدفاتر التجارية او المطالبة

(١) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق، ص١٧١.

بإبرازها لاستخلاص ما يتعلق منها بالنزاع"، وهذا يدل على ان عدم تنظيم الدفاتر التجارية لا يفقدها كل قيمة بدليل ان للقاضي سلطة تقديرية يأمر بإبرازها لاستخلاص ما يتعلق منها بالنزاع وذلك وفق المادة ٢١ فقرة ٢ من قانون التجارة حيث نصت على انه: " وللقاضي أن يأمر من تلقاء نفسه بإبراز الدفاتر المذكورة للغاية ذاتها".

البند السادس: جزاء عدم تنظيم الدفاتر التجارية

إن آثار عدم تنظيم التاجر للدفاتر تنعكس عليه سلبياً بما يعتبر جزاءً له، ذلك انه من جهة فإن القانون سيفرض جزاء جزائياً ومن جهة ثانية فإن الجزاءات المدنية تتمثل في القرار الذي يمكن لمأمور تقدير ضريبة الدخل ان يتخذه عند فرض الضريبة على التاجر الذي لا يمسك دفاتر منظمة، وكذلك في القرار الذي يتم اتخاذه من قبل محكمة البداية عند طلب التاجر الصلح الواقي من الإفلاس اذ يفترض ان يقدم دفاتره التجارية المنظمة لمدة ثلاث سنوات[1].

البند السابع: الاطلاع على الدفاتر التجارية

نعني بالإطلاع على الدفاتر التجارية وضعها ضمن قائمة بينات من يرغب اعتمادها دليلاً يثبت به حقه او يدفع به الدعوى، وبذلك فإن المحكمة صاحبة الاختصاص هي التي تطلع على الدفاتر وفق أحوال وردت في قانون التجارة وكذلك وفق أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، وبشأن ما ورد النص عليه بقانون التجارة أوجب حكم المادة ٢٠ أن يتم تسليم الدفاتر بكاملها أو نسخ عنها إلى القضاء في الأحوال المبينة فيه، وأوجب قانون أصول المحاكمات المدنية تقديم أجزاء هذه الدفاتر إلى القضاء، كما أوجبت بعض النصوص القانونية تمكين أشخاص من الإطلاع على الدفاتر التجارية كقانون الشركات وقانون التجارة وقانون ضريبة الدخل وقانون

(١) انظر المادة (٢٩١) فقرة ١ من قانون التجارة. ووردت على النحو التالي:" على التاجر ان يقدم تأييداً لهذا الطلب دفاتره التجارية الإجبارية المنظمة وفاقاً للأصول منذ ثلاث سنوات على الأقل او من بدء مدة احترافه التجارة اذا كانت تقل عن ثلاث سنوات...".

البنوك وقانون الجمارك، لذلك فإن الإطلاع على الدفاتر التجارية إما أن يكون كلياً وإما أن يكون جزئياً.

ويكون كلياً وفق نص المادة ٢٠ من قانون التجارة وهو استثناء أورده المشرع على الأصل العام المقرر بموجب القاعدة العامة التي تضمن أسرار التجار وسمعتهم وتحرص على عدم انتهاك تلك الأسرار الا بمقتضى الاستثناء المبين أعلاه، وهذا الاستثناء قرره المشرع في خمس حالات هي الإرث وقسمة الأموال المشتركة والصلح الواقي والإفلاس والشركة.

وهو في الحالة الأولى يتحقق به للوارث الإطلاع على تركة التاجر من خلال دفاتره، اذ بغيرها يبقى الأمر بالنسبة له مجهولاً لا يعرف نصيبه في هذه التركة، وهو بالحالة الثانية يتحقق به للشريك الإطلاع على دفاتر شريكه التاجر او دفتر المتجر الذي يمثل المال المشترك والذي يوضح نصيبه من ذلك المال.

أما بالنسبة للشركة فإن المشرع قرر للشريك ان يطلع على دفاتر الشركة وهذا بالنسبة للشريك المتضامن باعتباره مسؤولاً عن التزامات الشركة بماله الخاص بالإضافة إلى حصته في رأسمال الشركة[1]، وهو كذلك بالنسبة للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ويقضي حكم النص في قانون التجارة ان لكل شريك حق الإطلاع دون ان يبين نوع الشركة او صفة الشريك، وهذا نص مطلق يسري بإطلاقه، كما يتحقق استثناء الإطلاع الكلي على الدفاتر التجارية عند الصلح الواقي من الإفلاس وهي حالة تقتضي ان يؤكد التاجر حسن نيته وانه دفع ديونه لدائنه، وعليه ان يقدم دفاتره التجارية بما يستنتج منها اذا لم يتوقف عن دفع ديونه عن تقصير او احتيال بحيث يمنع عنه إعلان إفلاسه بالصلح الواقي من الإفلاس، ويقتصر الإطلاع وفق نص المادتين ٢٩١، ٢٩٦ من قانون التجارة على محكمة البداية والقاضي المنتدب.

أما بشأن الإطلاع على الدفاتر التجارية بحالة إفلاس التاجر فيأتي إعمالاً لحكم المواد ٣٥٦، ٣٥٩، ٣٦١، ٣٦٧ من قانون التجارة الذي قرر لوكيل التفليسة حق الإطلاع

---

(١) انظر نص المادة (٢٤) من قانون الشركات.

على دفاتر التاجر بعد ان يستخرج القاضي المنتدب هذه الدفاتر من بين الأشياء المختومة وقرر للدائنين بعد ان يطلعوا على دفاتر التاجر المفلس تقديم ميزانية.

أما حالة الإطلاع الجزئي فورد النص عليها بالمادتين ١٠٠ ، ١٠٧ من قانون أصول المحاكمات المدنية حيث حددت المادة ١٠٧ حكم من يتخلف من فرقاء الدعوى عن الامتثال للقرار الصادر بإلزامه بإبراز مستند او إباحة الإطلاع عليه وورد النص على النحو التالي:

"إذا تخلف أي فريق عن الامتثال للقرار الصادر بموجب الإجابة على إبراز مستند أو إباحة الإطلاع عليه وكان ذلك الفريق هو المدعي فإنه بعمله هذا يعرض دعواه للإسقاط على أساس وجود نقص في تعقبها وإذا كان ذلك الفريق هو المدعى عليه فإنه يعرض دفاعه للشطب ان كان قدم دفاعاً ، وتصدر المحكمة قرارها بالإسقاط أو الشطب بناء على طلب الفريق الذي طلب الإطلاع على ذلك المستند"[1].

---

(١) اجاز نص المادة (١٠٠) من قانون اصول المحاكمات المدنية للمحكمة أن تأمر أي فريق ان يبرز ما في حوزته او تحت تصرفه من مستندات ترى أنها ضرورية للفصل في الدعوى.

المبحث الثالث
المحل التجاري (المتجر)

يعد المحل التجاري الأداة القانونية لنشاط التاجر، وعرفت فكرة المتجر أو المحل التجاري في القرن التاسع عشر علماً بأنه لم يتفق الفقه على تعريف محدد له كما تجنب الكثير من الفقهاء وضع تعريف شامل[1].

ومع ذلك عرفه البعض بأنه: مجموعة من الأموال المنقولة مادية ومعنوية تآلفت معاً وترتبت بقصد استغلال مشروع تجاري والحصول على العملاء[2]، وعرفه آخرون بأنه: مجموعة أموال مادية ومعنوية تخصص لمزاولة مهنة تجارية[3]، وعرفه ربير بأنه: عبارة عن ملكية معنوية تتمثل في حقوق الاتصال بالعملاء ولا يرتبط أساساً بالعناصر المستخدمة في الاستغلال التجاري[4].

والمحل التجاري كاصطلاح لا يعني المكان الذي يمارس فيه التاجر أعماله التجارية ولا يعني كذلك البضائع والمعدات التي يتعاطى التاجر بيعها في مكان معين، وقد يعني هذا الاصطلاح فكرة معنوية تضمنت مجموعة من أموال خصصت للاستغلال على نحو تمثل مكونات المحل كعناصر فيه وتكون معنوية او مادية وهي منقولة.

أما الحقوق المتصلة بالمحل التجاري فهي مجموعة العناصر المكونة له وما يترتب على نشاط التاجر من آثار، ونصت المادة ٣٨ من قانون التجارة على ما يلي:

"يتكون المتجر قانوناً من محل التاجر ومن الحقوق المتصلة به" وأوردت المادة ٣٩ من ذات القانون أحكاماً عن حقوق مستثمر المتجر في إنها تعين بمقتضى القوانين

---

(١) انظر د. محمود سمير الشرقاوي. القانون التجاري. ط٨٦. ص٧٦.

(٢) انظر د. علي يونس. بند (١) مشار اليه في المرجع السابق ص٧٧.

(٣) انظر د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق بند ٢٥٧ مشار اليه في المرجع السابق.

(٤) وذهب مع هذا الراي د. اكثم الخولي، ويرى ان المتجر ليس الا حق الاتصال بالعملاء ويقترب من تعريف ربير. وانظر د. محمد حسني عباس. وعرف المتجر بأنه: "مال منقول معنوي يشمل اتصال التاجر بالعملاء واعتيادهم التردد على المتجر". وانظر فيما سبق د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص٧٧. هامش٣.

الخاصة المتعلقة بها، وهذه الحقوق كما أوضحها النص تختص بالعناصر المختلفة التي بينتها المادة ٣٨ وهي العناصر المادية وغير المادية.

ونتحدث عن موضوع المحل التجاري في بندين نخصص الأول للتعريف به من حيث بيان خصائصه وعناصره ونخصص الثاني للحديث عن الحماية القانونية للمحل التجاري.

البند الأول: تعريف المحل التجاري

المحل التجاري مجموعة من المفردات تشكل مكوناته، وبالإضافة لاحتوائه هذه المفردات فإن له قيمة اقتصادية مستقلة تختلف عن قيمة كل عنصر من مكوناته، وإذا كان قانون التجارة الأردني لم يتصد لتعريف المحل التجاري فشأنه في ذلك شأن كل التشريعات التي تبتعد عن التعريفات، ومع ذلك نجد ان هناك قصوراً في التشريع مجمله ان الأحكام الواردة في قانون التجارة لا تعالج بكفاية ما يثور من مشكلات بشأن المحل التجاري وتطوره كفكرة ومشروع، وتعريف المحل التجاري يدفعنا للحديث عن خصائصه وبيان عناصره وهو ما أورده المشرع في قانون التجارة بالمادة ٣٨ التي نصت على انه:

١- يتكون المتجر قانوناً من محل التاجر ومن الحقوق المتصلة به.

٢- يشمل المتجر على مجموعة عناصر مادية وغير مادية تختلف بحسب الأحوال وهي خصوصاً الزبائن، والاسم، والشعار، وحق الإيجار، والعلامات الفارقة، والبراءات، والإجازات، والرسوم والنماذج، والعدد الصناعية، والأثاث التجاري، والبضائع.

هذا وسيأتي الحديث عن خصائص المحل التجاري وعناصره في أمرين متلازمين، لأن خصائص هذا المحل يمكن استخلاصها من مفردات عناصره على النحو الوارد في نص المادة ٣٨ الذي تضمن بياناً لعناصر المحل والتي درج الفقه على تقسيمها إلى مادية ومعنوية.

البند الثاني : خصائص المحل التجاري

يستدل من خصائص المحل التجاري على طبيعته القانونية ذلك انه عندما تتضح تلك الخصائص التي يتميز بها المحل عن غيره يمكن الوقوف على التكييف القانوني الذي يحدد تلك الطبيعة، وخصائص المحل التجاري بالنظر إلى مكوناته التي تكمن في التعريف به من حيث إنه مجموعة من الأموال المنقولة المعنوية.

والخصائص على نحو ما تقدم هي:

أولاً: المحل التجاري مال منقول

وهذا ما يميزه عن العقار وفق التعريف الذي حددته المادة ٥٨ من القانون المدني بأنه "كل شيء مستقر بحيزه ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف او تغيير هيئته فهو عقار وكل ما عدا ذلك من شيء فهو منقول".

لذلك يعد المحل التجاري من الأموال المنقولة لعدم انطباق خاصية العقار عليه، وبالتالي يخضع لأحكام قانونية غير تلك التي يخضع لها العقار ويلاحظ هذا الاختلاف في البيع والرهن والحيازة وغيرها.

ثانياً: المحل التجاري منقول معنوي

وهذا يعني أنه ليس منقولاً مادياً رغم ما يدخل في عناصره من منقولات مادية ويستدل على ذلك من أن المحل التجاري قائم بذاته كوحدة واحدة تمثل كياناً مكوناً من أموال معنوية، ويترتب على ذلك أنه لا يخضع لقاعدة الحيازة في المنقول سند ملكية إذ لا يتصور تطبيق هذه القاعدة على المحل التجاري المكون من منقولات معنوية، وهذه القاعدة تقتصر على المنقولات المادية، ويترتب على هذه الخصيصة عدة نتائج من بينها أن المحل التجاري لا يكون محلاً للهبة التي تفترض في المنقول إذا وهبه صاحبه أن يتسلمه الموهوب له، "القبض"[1]، وان مؤجر العقار الذي يقع به المحل التجاري لا يتمتع بأي امتياز كالذي نصت عليه المادة ٤٣٧ من قانون التجارة من حيث إن له أولوية على الدائنين العاديين لمالك المحل التجاري في اقتضاء مبلغ أجرته.

---

(١) أنظر نص المادة (٥٦٦) من القانون المدني.

ذلك لأن هذا الامتياز يتمتع به المؤجر على المنقولات الموجودة في العقار المؤجر إذا كانت مادية[1].

ثالثاً: المحل التجاري ذو صفة تجارية

إذا كان المحل التجاري يمارس فيه مالكه الأعمال التجارية فإنه يكون ذا صفة تجارية، غير ان المكان الذي لا يمارس فيه أعمالاً تجارية كمكتب المحامي وعيادة الطبيب ومكتب المهندس لا يوصف بأنه تجاري.

وكذلك الأمر بالنسبة لمراكز التوزيع التي يمارس من خلالها بيع مواد تموينية أو استهلاكية من قبل الحكومة حتى ولو كانت تخضع لأحكام قانون التجارة، لأنه حتى يعتبر المحل ذا صفة تجارية فلا بد أن يرتبط مباشرة بحرفة تجارية تقتضي الاتصال بالعملاء.

وهكذا فإنه بعد أن أوضحنا خصائص المحل التجاري يمكن تصور الطبيعة القانونية له، وهذه الطبيعة رغم محاولات الفقه ردها إلى إحدى النظريات كنظرية المجموع القانوني ونظرية المجموع الواقعي وفكرة الملكية المعنوية، فإن المنادين برد فكرة المحل التجاري إلى إحداها لم يتمكنوا من سد الثغرات التي تواجه الفكرة، لأن نظرية المجموع القانوني التي تقوم على أساس ان المحل التجاري عبارة عن تجمع قانوني للأموال ويشمل الحقوق والديون الناجمة عن استثمار المحل تعني ان هناك ذمتين مستقلتين عن بعضهما، واحدة لمستثمر المحل التجاري بصفته مستثمراً والثانية ذمة عامة، وهو ما يتعارض مع الأحكام القانونية في التشريع الأردني التي لا تعترف للشخص بغير ذمة واحدة.

أما نظرية المجموع الواقعي التي تقوم على ان المحل التجاري عبارة عن تجمع فعلي منفصل عن عناصره، فتعني الفصل فيما بين المحل التجاري والعناصر المكونة له، وهو ما لا يتلاءم مع الأوضاع القانونية المستقرة التي تنفي فكرة استقلال المحل التجاري عن

---

(١) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص٢٥٢.
انظر د. محمد حسين اسماعيل. المرجع السابق. ص ١٩٨.
انظر د. فوزي محمد سامي. المرجع السابق. ص١٩٢.

عناصره، لان الأول وجد بعناصره وينهار عندما يفقد هذه العناصر، لذلك فإن فكرة المحل التجاري من حيث الطبيعة القانونية لا تنسجم اذا تم ردها إلى إحدى النظريتين.

أما فكرة الملكية المعنوية فهي أقرب ما تكون الى المحل التجاري، ذلك لأنه كما بينا خصائصه، فهو عبارة عن مال منقول معنوي، وأن ذلك يعد من الحقوق المعنوية كما وردت في القانون باعتبارها طائفة ثالثة من الحقوق تضاف الى طائفتي الحقوق الشخصية والحقوق العينية.

البند الثالث: عناصر المحل التجاري

تحدثنا عن خصائص المحل التجاري وقلنا إنه مال منقول معنوي، وهذا يوضح أن تلك العناصر نوعان: معنوية وأخرى مادية وحددت المادة ٣٨ فقرة ٢ من قانون التجارة نوعي العناصر عندما نصت على انه:" يشتمل المتجر على مجموعة عناصر مادية وغير مادية"، وتضمن النص المشار إليه أن العناصر في مجملها هي: الزبائن والاسم والشعار وحق الإيجار والعلامات الفارقة والبراءات والإجازات والرسوم والنماذج والعدد الصناعية والأثاث التجاري والبضائع.

وتمثل العدد الصناعية والأثاث التجاري والبضائع، العناصر المادية، في حين تمثل العناصر الأخرى المعنوية. ونتحدث عن نوعي العناصر في البندين التاليين، ونتحدث في بند ثالث عن عناصر لا تدخل في مكونات المحل التجاري رغم ظهورها انها من مفردات عناصره.

أولاً: العناصر المادية

لم تعد العناصر المادية تمثل أهمية كبيرة في مكونات المحل التجاري ذلك لان العناصر المعنوية بلغت شأناً كبيراً فاقت أهمية العناصر المادية، والعناصر المادية على نحو ما وردت في المادة ٢/٣٨ هي العدد الصناعية والأثاث ومستلزمات ممارسة العمل التجاري كتلك اللازمة للعمل، وكذلك وسائط النقل المخصصة للعمل التجاري والماكنات وما يلزم لغايات إنتاج المصانع وبالنتيجة ما يستخدمه التاجر لغايات الاستغلال التجاري من أشياء منقولة.

ويدخل ضمن العناصر المادية الأثاث التجاري باعتباره من مستلزمات العمل التجاري مثل المكاتب والخزائن، على انه يمكن اعتبار المواد الأولية الموجودة في المصنع من قبل العناصر المادية باعتبارها مستلزمات الإنتاج للمصنع اذا كان الغرض منها المساهمة في تشغيل المحل وصناعة المنتجات كما هو شأن الزيوت والفحم[1].

أما البضائع كعنصر مادي في المحل التجاري فهي الأشياء المنقولة المخصصة للبيع وتختلف البضائع كسلع معدة للبيع عن المواد الأولية التي تدخل في إنتاج هذه السلع رغم اعتبار السلع والمواد الداخلة في تصنيعها من العناصر المادية، وليس هناك اثر على التفرقة بينهما[2] ولأن البضائع تزيد وتنقص حسب البيع فإنها لا تدخل ضمن عقد رهن المحل التجاري.

وقد يتم رهنها بصورة مستقلة نظراً لهذا الاعتبار المتمثل بعدم ثبات موجودات البضائع، لذلك فإن المتعاقدين في عقد بيع المحل التجاري يفصلان في البيع بين المحل بعناصره الأخرى وبين البضائع التي يُتعاقد بشأنها بصورة مستقلة[3].

وهكذا تمثل البضائع عنصراً من عناصر المحل التجاري المادية وتتفاوت أهمية هذا العنصر بحسب طبيعة العمل التجاري الذي يمارسه التاجر، على نحو يبدو هذا العنصر معه على درجة كبيرة من الأهمية وخاصة إذا كان العمل التجاري يمارسه التاجر في بيع الحبوب والأقمشة والاسمنت والحديد والأثاث، وقد لا يكون لعنصر البضائع أية أهمية وتكاد تنعدم كما هو شأن دور السينما ومكاتب السمسرة التي لا تمثل فيها البضائع كعنصر مادي أية أهمية.

---

(١) تحتلف المواد الأولية الموجودة في المصنع بحسب ما إذا كانت لازمة لتشغيل المصنع ام إنها تدخل في صناعة السلع، اذ في الحالة الأولى تعتبر من المهمات بما يعني إنها عدد صناعية، وفي الحالة الثانية تعتبر من البضائع. انظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص٨٨.

(٢) المرجع السابق. ص٩٠.

(٣) انظر د. محمد حسين إسماعيل. المرجع السابق ص١٨١. ود. فوزي محمد سامي. المرجع السابق. ص١٧٧.

ود. مصطفى كمال طه، المرجع السابق ص٦٠٠ ويقول: "ولما كانت معدة للبيع وكان مجموعها يتغير من يوم لآخر فإنه لا يمكن اعتبارها عنصراً دائماً للمؤسسة التجارية رغم انها تمثل قيمة ينبغي الاعتداد بها، وهذا يفسر ان البضائع لا يشملها رهن المؤسسة التجارية".

وقارن د.سميحة القليوبي. المرجع السابق ص٣٢٩.

ثانياً: العناصر غير المادية

تشمل عناصر المحل التجاري غير المادية مجموعة من مكوناته بحيث يعد كل عنصر منها له إسهام في تقييمه وتحديد ما يساويه، ويطلق على هذه العناصر (المعنوية) باعتبارها من الحقوق التي قلنا انها طائفة ثالثة أضيفت الى طائفتي الحقوق الشخصية والحقوق العينية.

والحقوق المعنوية كعناصر في المحل التجاري يقصد بها الأموال المنقولة المعنوية المستقلة في النشاط التجاري، ونستعرض هذه العناصر كما وردت في المادة ٣٨ فقرة ٢ في البنود التالية:

١- الزبائن:

يحرص كل تاجر على أن يحتفظ بعلاقته مع عملائه حسنة، على نحو تستمر هذه العلاقة مع تطلعاته إلى تقويتها بما يحقق له إقبالهم وإقبال غيرهم على متجره والشراء منه والتعامل معه.

على أن تردد العملاء على متجر لا يرتب حقاً للتاجر في مواجهتهم، لأنه ليس هناك ما يلزم هؤلاء باستمرار التعامل مع تاجر معين، ومن حقهم ترك من كانوا يتعاملون معه حتى لو استمرت علاقتهم عدة سنوات، وما حق التاجر الذي ورد في القانون بأنه من عناصر محله التجاري المعنوية كالزبائن سوى ان من حق هذا التاجر لحماية حقه في استمرار تعاون زبائنه معه ان يحافظ على علاقته بهم واستمرارها وحمايتها من المساس بها على نحو غير مشروع كما هو حال الممارسات غير المشروعة الناتجة عن المنافسة غير المشروعة او الممنوعة.

ويقصد بالزبائن أولئك الأشخاص الذين اعتادوا التعامل مع المحل التجاري وأولئك الذي يتعاملون معه بصورة عارضة[1] ويطلق على هذا العنصر، عنصر الاتصال بالعملاء والسمعة التجارية باعتبار هذا العنصر يمثل قيمة مالية أساسها العلاقة مع هؤلاء العملاء وتقوم هذه العلاقة على ما يتمتع به المحل التجاري من سمعة تجارية أساسها ما

(١) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص ٢٥٢.

يقدمه من سلع جيدة وخدمة ممتازة ولا ضرورة لفصل عنصر الزبائن عن السمعة التجارية باعتبارهما يمثلان عنصراً واحداً[1].

٢- الاسـم:

يتخذ التاجر لمحله التجاري اسما يميزه عن غيره من المحلات، وقد يكون هذا الاسم مشابها لغيره بحيث يستعير صاحب المحل هذا الاسم من محل تجاري آخر لا يمارس نفس النشاط، وقد يكون اسما مبتكرا، ويعد الاسم من العناصر غير المادية التي يتكون منها المحل التجاري ويباع مع المحل، ويرتبط هذا الاسم مع عنصر الزبائن الذين يتعاملون مع المحل التجاري من خلال الاسم ولا يباع الاسم التجاري إلا مع المحل على نحو لا يجوز التصرف فيه مستقلا عن المحل. والتعريف بالاسم التجاري يدلنا على وظائفه، وهو على نحو ما استقر عليه الفقه والقضاء عبارة عن تسمية يتخذها صاحب المحل التجاري لتمييز محله عن غيره من المحلات الأخرى[2].

أما وظائف الاسم التجاري فمنها، أنه يظهر على واجهة المحل التجاري ويستخدم كعنوان للمراسلات التجارية وإصدار الفواتير والإعلانات والعقود والنشرات بالإضافة إلى أنه يستخدم كعلامة تجارية تميز منتجات المحل التجاري إذا توافرت في الاسم خصائص العلامة التجارية كما يتطلبها القانون[3].

٣- الشعـار:

هو رمز يستخدمه التاجر لتمييز مؤسسته بقصد جذب العملاء. ويختلف الشعار عن الاسم وكذلك عن العنوان التجاري، في انه تسمية مبتكرة يؤدي نفس الغرض الذي يؤديه الاسم التجاري. مثل تسمية الفنادق والمطاعم، ماريوت، هوليدي إن،

---

(١) أنظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص٨٣. ويقول يعتبر الاتصال بالعملاء أهم العناصر، والأخرى ليست إلا مجرد وسائل لتحقيق الغرض الرئيس للمحل وهو الاتصال بالعملاء.

(٢) المرجع السابق ص٥٦٤ ويعرف الاسم التجاري بقوله: "ويعرف الاسم التجاري بأنه تسمية يتخذها مستغل المشروع لتمييزه عن المشروعات الأخرى المماثلة".

(٣) أنظر قانون تسجيل الأسماء التجارية رقم ٣٠ لسنة ١٩٥٣ وعرف الاسم التجاري في المادة (١٢) بأنه يعني الاسم او اللقب المستعمل في أية تجارة سواء بصفة شركة عادية أم بغير ذلك".

جراند، وعليه نجد أنه وإن ظهر الفرق فيما بين الاسم والشعار إلا أنهما يؤديان ذات الغرض في تحقيق استمرار الاتصال بالعملاء[1].

٤- حق الإيجار:

يقصد بهذا العنصر تمكين صاحب المحل التجاري أو المشروع التجاري الذي ينتفع بالمأجور من الاستمرار بممارسة نشاطه التجاري باعتبار ذلك أحد حقوقه التي يمكنه التنازل عنها، لذلك إذا رغب صاحب المحل التجاري بيعه فيبيعه متنازلا عن حقه في الانتفاع به مستأجرا بحيث يحل المشتري محله كمستأجر من مالك العقار، ولا يتصور ذلك إلا إذا كان بائع المحل التجاري هو مالك العقار، لأن العقار لا تدخل ملكيته في الإيجار.

ومع ذلك نجد أن هذا الحق لا يتمتع به صاحب المحل التجاري وفق أحكام قانون المالكين والمستأجرين إلا إذا تضمن عقد الإيجار حق صاحب المحل التجاري في التنازل عن الإيجار للغير بأن يؤجر من الباطن، وبخلاف ذلك فإن التنازل عن المحل التجاري وتمكين مشتريه من الحلول محل المستأجر موجب للإخلاء.

ونصت المادة ٥ فقرة جـ من قانون المالكين والمستأجر رقم ١١ لسنه ١٩٩٤ على أنه "يجوز إخلاء المأجور في أي من الحالات التالية:" ومن هذه الحالات ما ورد بالبند ٣ وتضمن " إذا أجر المستأجر المأجور أو قسما منه لشخص آخر أو سمح له بإشغاله دون موافقة المالك الخطية أو إخلائه لشخص آخر دون تلك الموافقة".

٥- العلامات الفارقة:

إن العلامة التي يستعملها التاجر لتمييز منتجاته من البضائع عن غيرها تعد من عناصر المحل التجاري، والعلامات على هذا النحو نظم أحكامها قانون العلامات التجارية رقم ٣٣ لسنه ١٩٥٢ ونصت المادة ٢ منه على "تعني عبارة علامات تجاريه أية علامة استعملت أو كان في النية استعمالها على أية بضائع أو فيما له تعلق بها للدلالة على أن تلك البضائع تخص صاحب العلامة بحكم صنعها أو انتخابها أو الإتجار بها أو عرضها للبيع ".

---

(١) انظر د. محمد حسين إسماعيل. المرجع السابق. ص١٨٨.

وبهذا المعنى يتعين أن يطلب التاجر تسجيل العلامة التي يريد أن يميز بها منتجاته من البضائع وفق أحكام القانون، لأنه بهذا الإجراء يطلب حماية القانون لتلك العلامة من أن يستعملها الغير أو يقلدها أو يزورها، وحماية القانون للعلامة التجارية بعد تسجيلها باسم التاجر تمتد سبع سنوات على أنه يجوز تجديد هذا التسجيل مرات أخرى تمتد كل مرة أربع عشرة سنة(1).

وعرف قانون علامات البضائع رقم ١٩ لسنة ١٩٥٣ العلامة التجارية بأنها: " علامة تجارية مسجلة في سجل العلامات التجارية بمقتضى قانون العلامات التجارية لسنة ١٩٥٢ وتشمل كل علامة تجارية محمية قانوناً في أي بلد تسري عليها أحكام المادة ٤١ من القانون المذكور سواء أكانت تلك العلامة مسجلة أو غير مسجلة"(2).

وهكذا تتضح أهمية العلامات الفارقة بالنسبة للمحل التجاري لجهة اعتبارها وصفا صحيحاً يميز البضائع والمنتجات عن تلك التي توصف بوصف آخر.

٦- البراءات:

إن الشهادة التي تصدر من جهة رسمية تتضمن أن هناك اختراعاً يملكه شخص من الأشخاص تعني براءة، أي أن هذا الاختراع يحميه القانون من الاعتداء عليه بالاستغلال أو التزوير أو التقليد أو السرقة، وتعد البراءات من الحقوق المعنوية التي يتضمنها تعبير الملكية الصناعية وهي ذات قيمة مالية يجوز التصرف فيها.

ولأنها من العناصر المعنوية للمحل التجاري وتشمل جانباً هاماً من أوجه النشاط التجاري والصناعي، فإنها تدخل ضمن مفردات العناصر المعنوية التي تؤثر في قيمة المحل التجاري لما لها من قيمة مالية.

وتضمن قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٣ أحكاماً نظمت كيفية إجراء تسجيل الاختراع، كما أن التشريعات المقارنة تضمنت أحكاماً تنظم تسجيل الاختراعات وإصدار الشهادات التي تفيد ملكية أصحابها.

ولأن أثر التشريعات الوطنية يحمي اختراعات المخترعين أو مالكي الاختراعات ضمن حدود الدولة التي سنت التشريع ولا تتعدى هذه الحماية خارج نطاق إقليم الدولة،

---

(١) أنظر نص المواد ٢٠، ٢١، ٢٧ المتعلق بتسجيل العلامات التجارية وتجديدها والتنازل عنها.

(٢) انظر نص المادة ٢٥ من قانون علامات البضائع رقم ١٩ لسنة ١٩٥٣.

ولأن هذه الاختراعات سرعان ما تنتشر وتنتقل إلى دول غير الدولة التي سجلت فيها، لذلك بدت الحاجة ملحة إلى حماية دولية لحقوق أصحاب الاختراعات فأبرمت عدة اتفاقيات دولية بشأن الملكية الصناعية، منها: اتفاقية باريس لسنة ١٨٨٣ بخصوص حماية الملكية الصناعية، والتي عدلت مرات عديدة عام ١٩٠٠ بموجب اتفاقية بروكسل وعام ١٩١١ بموجب اتفاقية واشنطن وعام ١٩٢٥ بموجب اتفاقية لاهاي وعام ١٩٣٤ بموجب اتفاقية لندن وعام ١٩٥٨ بموجب اتفاقية لشبونه وعام ١٩٦٧ بموجب اتفاقية استوكهولم، وهناك اتفاقيات دولية أخرى تضمنت حماية الملكية الصناعية مثل: اتفاقية مدريد لعام ١٨٩١ والمعدلة في الأعوام ١٩٠٠ و١٩١١ و١٩٢٥ و١٩٣٤ وعام ١٩٥٧ بموجب اتفاقيات أبرمت في بروكسل وواشنطن ولاهاي ولندن، هذا بالإضافة إلى اتفاقيتي لاهاي ومدريد المتعلقتين بالإيداع الدولي للرسوم والنماذج الصناعية وبيانات المصدر على البضاعة[1]، واتفاقية التربس لعام ١٩٩٥.

وهكذا فإن براءة الاختراع تمثل شهادة تمنحها الدولة للمخترع تخوله بموجبها الحق باستغلال اختراعه والإفادة منه لمدة محدودة وبشروط يحددها القانون، ويثبت حق المخترع باختراعه بحصوله على الشهادة التي تتضمن تسجيله وفق أحكام القانون[2].

اما شروط الحصول على براءة الاختراع فهي، أن يكون هناك اختراع، وأن هذا الاختراع جديد بالإضافة إلى كونه قابلاً للاستغلال الصناعي ومشروعاً[3].

٧- الإجازات:

لا بد كي يمارس التاجر عملاً تجارياً من خلال محل تجاري أن يحصل على موافقات متعددة من جهات رسمية، بما يعني ان التاجر يتقدم بطلبات يتم الموافقة عليها قبل ان يمارس العمل التجاري في المحل وهذه الموافقات هي الإجازات، أي ان هذا المحل أجيز لمالكه ان يمارس نشاطه التجاري من خلاله، وتضمن قانون رخص المهن شروطاً يتعين على من يمارس عملاً تجارياً في محل تجاري ان يستوفيها، وبعد الحصول على

---

(١) انظر المادة (٢) من قانون علامات البضائع رقم ١٩ لسنة ١٩٥٣.

(٢) أنظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص٥٢٩ ويقول: "أبرمت في واشنطن اتفاقية عام ١٩٧٠ بشأن التعاون في مادة براءة الاختراع".

(٣) انظر د. علي جمال الدين عوض. التشريع الصناعي بند ٧٢.

الإجازة للمحل التجاري تعتبر هذه الإجازة من بين العناصر المعنوية التي تزيد أهمية وقيمة المحل، وعند التعاقد بشأن بيع المحل التجاري يؤخذ بالحسبان هذه الرخص.

٨- الرسوم:

تعد الأشكال والرموز والصور التي يتخذها المحل التجاري ليميز بها علامته التجارية أو علامات بضائعه من العناصر المعنوية للمحل التجاري وتكون كرسم إنسان أو حيوان أو طائر أو صورة لأحد الآثار التاريخية، وعرف قانون امتيازات الاختراعات والرسوم رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٣ الرسم بأنه: "صور الأشكال أو الهيئات أو النماذج أو الزخرفة فقط المستعملة لأية مادة بعملية أو وسيلة اصطناعية سواء أكانت يدوية أم آلية أم كيماوية منفصلة عن غيرها أم مركبة مما تستحسنه أو تقدره العين المجردة إذا كانت المادة منجزة"، وهذه الرسوم التي يميز بها التاجر بضائعه تخص بعض السلع التي يستوردها أو ينتجها مثل رسوم الأقلام الجافة والحبر وورق التصوير وماكنات الطباعة والتصوير وغيرها.

٩- النماذج:

النموذج شكل مميز يتخذه التاجر على نحو يكون مكتوباً بخط معين أو بحروف ملونة أو كتب بخط أو إمضاء أو توقيع صاحب المحل، وقد يكون النموذج شكلاً يتضمن كتابة بعض الحروف داخل مربع أو مستطيل أو دائرة، ويأخذ النموذج شكل رسم معين على نحو ما ورد بتعريف الرسم الوارد بنص المادة ٢ من قانون امتيازات الاختراعات والرسوم.

البند الثالث: عناصر لا تدخل في مكونات المحل التجاري

عددت المادة ٣٨ من قانون التجارة عناصر المحل التجاري المادية والمعنوية بعد أن بينت أن المتجر يتكون من محل التاجر ومن الحقوق المتصلة به.

ولأن هناك عناصر تشبه مكونات المحل التجاري وتكاد تختلط معها على نحو يظن البعض أنها من عناصره، لذلك رأينا ان نبين بعد استعراض أوجه الشبه والاختلاف فيما بين عناصر المحل التجاري وما يتشابه معها. إن تلك العناصر لا تدخل

في مكونات المحل التجاري ولا تعد من عناصره رغم الوصف المعطى لها لأنها متصلة بالمحل التجاري.

أولاً: مدى انتقال الحقوق والالتزامات

تترتب للتاجر نتيجة استغلال المحل التجاري حقوق في مواجهة الغير ويتحمل التزامات، ويسعى أثناء ممارسة نشاطه في المحل التجاري إلى استيفاء الحقوق والوفاء بالالتزامات، غير انه قد يتنازل عن هذا المحل إلى شخص آخر بحيث يشمل التنازل عناصر المحل المعنوية والمادية، ولا يشمل الحقوق والالتزامات إلا إذا تضمن العقد المبرم بينه وبين المتنازل له بنداً ينص على أن الحقوق والالتزامات تؤول إلى المتنازل له وعلى عاتقه إعمالاً لحوالة الحق وحوالة الدين على النحو الذي وردت أحكامها فيه في القانون المدني[1].

ويكاد الفقه يجمع على استبعاد الحقوق الشخصية والالتزامات الناتجة عن استثمار التاجر محله التجاري من عناصر المحل التجاري على نحو لا تندرج ضمنها ولا تنتقل إلى المتنازل له إلا باتفاق خاص[2].

ونرى أنه وفق القواعد القانونية المستقرة فإن الحقوق والالتزامات لا تنتقل إلى المتنازل له إلا باتفاق خاص أو بنص في القانون، وبالنسبة للاتفاق فإن القاعدة "العقد شريعة المتعاقدين" تجيز للمتنازل حق التنازل عن الحقوق والالتزامات بموافقة المتنازل له ولا يتعارض ذلك مع النظام العام.

وبالنسبة لنص القانون فإن المشرع يستطيع أن يضع حكماً قانونياً بنص آمر يقضي باعتبار الحقوق والالتزامات ضمن عناصر المحل التجاري بحيث تنتقل إلى المتنازل له دون ذكرها صراحة في العقد المبرم بين الطرفين، ومن أمثلتها: الحقوق

---

(١) أنظر نص المادة (٩٩٣) من القانون المدني الباحثة في حوالة الدين. وانظر قرار تمييز حقوق رقم ١٤ لسنة ١٩٩٢ بشأن حوالة الحق. وراجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدني بشأن الحوالة وورد أن النصوص الواردة في القانون المدني تستوعب نوعي الحوالة "الحق والدين".

(٢) أنظر د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق ص٦٠٧ ويقول: "ولأن الحقوق والديون ليست من أدوات الاستثمار بل هي نتيجة ايجابية أو سلبية للاستثمار ذاته".

د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص٧٨.

د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص٣٤٢.

والالتزامات التي تنتقل وفق القانون الخاص الناشئة عن عقد التأمين على المتجر، وكذلك الحقوق الشخصية التي تتصل بالمحل[1] وأيضاً الحقوق والالتزامات الناتجة عن عقود العمل المبرمة بين مالك المحل والعمال والحقوق والالتزامات كآثار لعقد الإيجار[2].

وتنتقل الحقوق والالتزامات كأثر للعقود التي تنظم المنافسة بين مالك المحل التجاري والعمال، إذ إن العامل الذي التزم بعدم منافسة رب العمل كمالك للمحل التجاري لا يستطيع إذا ترك العمل أن يمارس عملاً ينافس به مالك المحل التجاري ولو انتقل هذا المحل إلى الغير[3].

وكذلك الأمر بشأن الحقوق والالتزامات كآثار لعقد بيع المحل التجاري إذا كان محل عقد البيع هو المحل التجاري والعنوان، إذ إنه بمقتضى نص المادة ٤٤ من قانون التجارة، تنتقل إلى المتنازل له عن المحل والعنوان، الالتزامات والحقوق الناشئة من ممارسة النشاط التجاري في المحل وورد النص على النحو التالي:

"يكون الشخص الذي تملك عنواناً تجارياً تبعاً لمتجر، مسؤولاً عن التزامات المتفرغ المترتبة عليه بالعنوان المذكور، ويكون مالكاً لحقوقه الناشئة من تجارته"، كما تضمنت الفقرة الثانية من ذات المادة النص التالي:

"وإذا تضمنت العقود ما يخالف ذلك فلا يسري على الغير إلا إذا سجل في سجل التجارة أو أُخبر ذو العلاقة به رسمياً".

وعلى ما ذكر أعلاه فإن الحقوق والالتزامات لا تنتقل إلى المتنازل له عن المحل التجاري اذا لم يكن محل عقد التنازل يشمل المحل التجاري وعنوانه.

أما بشأن الحقوق والالتزامات المتعلقة ببعض العناصر المعنوية فتنتقل إلى المتنازل له، وهذه الحقوق هي المترتبة على عقد استغلال براءات الاختراع أو شراء هذه البراءات وكذلك حق المعرفة Know- How والعلامات التجارية وعلامات البضائع، واستثمار هذه الحقوق واستغلالها واستئجارها وكذلك الرسوم والأشكال، على أن انتقال

---

(١) أنظر المادة ٢٠٧ من القانون المدني.

(٢) يمنع قانون المالكين والمستأجرين رقم ١١ لسنة ١٩٩٤ التنازل عن الإيجار على نحو لا يستطيع مالك المحل التجاري المستأجر ان يتنازل عن محله إلى الغير إلا بموافقة صاحب العقار محل عقد الايجار، المادة (٥) فقرة ج.

(٣) انظر د. محمد حسين إسماعيل. المرجع السابق ص٢٣٢ وما يليها.

الحقوق الناشئة عن انتقال مثل تلك العناصر المعنوية كبراءات الاختراع وغيرها إلى المتنازل له يعني انتقال الالتزامات بحيث يتحملها المتنازل له في مواجهة الغير على نحو يحل محل المتنازل في الوفاء بها وبعد ذلك يصار إلى استيفاء الحقوق.

ثانياً: الدفاتر التجارية

وبشأن الدفاتر التجارية فلا تعتبر من عناصر المحل التجاري ولا يشملها عقد التنازل، إذ هي ملك لمالك المحل الذي نظمها، ويفرض القانون عليه ان يحتفظ بها مدة عشر سنوات، على أنه إذا كانت هذه الدفاتر وسيلة إثبات للمتنازل له فإن أحكام قانون البينات تمكنه من طلب تقديمها للمحكمة كبينة له.

ثالثاً: العقار والأثاث الخاص بالاستعمال

لا يعتبر العقار الذي يمارس فيه التاجر نشاطه التجاري عنصراً في المحل التجاري حتى ولو كان التاجر مالكاً لذلك العقار، وعليه إذا تنازل التاجر عن المحل التجاري فلا يشمل هذا التنازل العقار إذ إن أحكام انتقال الأموال غير المنقولة بالبيع تفرض شروطاً بالإضافة إلى تلك الواردة في الأحكام العامة وهي: الرضاء والمحل والسبب، ومن هذه الشروط أن يتم التنازل لدى دائرة تسجيل الأراضي ومثل هذا الشرط ركن في العقد واعتبرت هذه العقود شكلية بحيث لا تكون صحيحة إلا باستيفاء الركن الشكلي المشار إليه.

وهكذا فإن الأثاث إذا كان مخصصاً للاستعمال الشخصي فلا يدخل كعنصر في المحل التجاري، أما إذا كان مخصصاً للنشاط التجاري باعتباره من العناصر المادية فيدخل في محل عقد التنازل على نحو ينتقل معه إلى المتنازل له.

المبحث الرابع
التصرفات القانونية التي تقع على المحل التجاري
"بيع المحل التجاري"

المحل التجاري مال منقول معنوي، وشراء المال بقصد بيعه او تأجيره يعد عملاً تجارياً وفق نص المادة ٦ من قانون التجارة ذلك لأن شراء المنقول بقصد بيعه او تأجيره عمل تجاري بطبيعته.

وبما ان المشرع الأردني لم يأت بتنظيم قانوني للتصرفات التي ترد على المحل التجاري ولم يتصد لتنظيم العلاقة بين طرفي عقد محله المحل التجاري، لذلك نرى أن هذه العلاقات بين أطراف التصرفات التي ترد على المحل التجاري تخضع للقواعد العامة كما وردت في القانون المدني المتعلقة بتنظيم بيع المنقول.

وبما أن فقهاء القانون المدني ناقشوا في مؤلفاتهم القواعد العامة في بيع المنقول فإننا سنقصر حديثنا في موضوع التصرفات التي تقع على المحل التجاري على شرح ما يتعلق بعقد البيع عندما يكون محله المحل التجاري "المتجر".

وينعقد العقد بإيجاب البائع وقبول المشتري على نحو يلتقي التصرفان الصادران عنهما عندما تتجه إليه إرادة كل طرف لغايات إحداث أثر قانوني معين، وهو بالنسبة للبائع الحصول على ثمن المبيع وهو بالنسبة للمشتري الحصول على المحل التجاري بحيث تشكل التزامات البائع بتسليم المحل التجاري حقوقاً للمشتري في حين تشكل التزامات المشتري بدفع الثمن وتسلم المبيع حقوقاً للبائع وهذه هي آثار عقد البيع عموماً.

وفي المحل التجاري ينعقد عقد البيع بتوافق إرادتي البائع والمشتري دون حاجة إلى اتباع إجراءات شكلية يتم بها العقد، وهو ما يجعل هذا العقد من العقود الرضائية التي تتم بأركانها الثلاثة الرضاء والمحل والسبب، ولا تغير من طبيعة العقد بأنه عقد رضائي، الأحكام الواردة في قانون التجارة لجهة عدم جواز فصل العنوان التجاري عن المتجر، ولا الأحكام التي وردت في قانون التجارة المتعلقة بالشهر من خلال القيد في

السجل التجاري وكذلك تلك الأحكام الواردة في نظام السجل التجاري الباحثة في النشر والإعلان[1].

ونناقش بيع المحل التجاري في بندين: نبحث في الأول منهما محل العقد، وفي الثاني آثار العقد.

البند الأول: المحل في عقد بيع المحل التجاري

المحل التجاري هو موضوع عقد البيع ويخضع للأحكام العامة كما وردت في القانون المدني، والمحل التجاري هو العناصر المكونة له، على أنه إذا كان بعض هذه العناصر لا يؤثر على صفة المحل التجاري بعناصره الأخرى فإنه من الجائز ان يقع البيع على بعض العناصر دون البعض الآخر، ومعنى ذلك ان المحل التجاري يتكون من عناصر مادية وأخرى معنوية، ومن هذه العناصر ما هو جوهري بالنسبة للمحل التجاري ومنها ما هو غير ذلك.

وانه اذا تم البيع باعتبار المحل التجاري يتكون من العناصر الرئيسة فيجوز استثناء البعض الآخر الذي لا يعد جوهرياً، ومن العناصر الجوهرية للمحل التجاري، عنصر الاتصال بالعملاء، وأمر تقدير جوهرية العناصر المادية من المسائل القانونية التي يعود أمر البت فيها لمحكمة الموضوع وتراقبها في ذلك محكمة التمييز[2] على أن المتعاقدين يتوليان تحديد عناصر المحل التجاري عند إبرام العقد وإذا اغفلا هذه الناحية تولت المحكمة تحديد العناصر مستعينة بذلك بنية الطرفين دون أن تغفل أن العناصر الجوهرية في المحل التجاري لا بد ان تكون محلاً للعقد ويتوقف تمييز العناصر الجوهرية من غير الجوهرية على معرفة نوع التجارة الذي باشره البائع في محله قبل بيعه[3].

---

(١) انظر في بيع المحل التجاري، د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص٣٥٤، د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص٩٨، د. أحمد زيادات، د. إبراهيم العموش. الوجيز في التشريعات التجارية ص١٠٨.

(٢) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص٣٥٦ ، وتقول في هذا الصدد ان محل عقد بيع المحل التجاري هو المحل التجاري والثمن ، ونرى مع معظم الفقة ان الثمن لا يكون محلاً لعقد البيع.

(٣) انظر د. سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص١٠.

أما العناصر التي يجوز أن يرد عليها عقد البيع فهي تلك التي نظمت أحكامها القوانين الخاصة والتي أحالت بموجبها المادة ٣٩ من قانون التجارة إلى هذه القوانين لتنظم أحكام البيع بشأن كل عنصر من عناصر المحل باعتبار هذه العناصر مملوكة للبائع، وهكذا فإن كافة عناصر المحل التجاري يمكن ان تكون محلاً لعقد بيع هذا المحل بما في ذلك حق الإيجار إذا كان مالك المحل التجاري الذي ينوي بيعه يملك ان يتنازل للغير عنه بموافقة خطية من مالك العقار.

أما إذا كان البائع لا يملك التنازل عن حقه في الإيجار فلا ينعقد العقد صحيحاً باعتبار عنصر الإيجار غير مملوك لهذا البائع.

وهناك صور لبيع بعض عناصر المحل التجاري بما لا يجعل هذا بيعاً للمحل التجاري، وخاصة عندما ينصب البيع على بعض العناصر غير الجوهرية للمحل وميزت المادة ٩ من نظام السجل التجاري بين بيع المحل التجاري وبيع عنصر من عناصره، بما يفيد أن بيع عنصر أو أكثر من عناصر هذا المحل لا يشكل بالضرورة بيعاً للمتجر، ودرج الفقة على انه يجب لاعتبار البيع بيعاً لمحل تجاري أن يسجل على الأقل العنصر المعنوي الأساس الذي يؤدي إلى اكتساب الزبائن أو الاحتفاظ بهم[1].

أما بشان عنوان المحل التجاري فبالرغم من انه من العناصر الجوهرية المكونة للمحل إلا إن بإمكان مالكه أن يبيعه كعنصر في المحل التجاري او بمعزل عنه، على انه إذا كان البيع لعنوان المحل كعنصر من عناصر المحل فإن المشتري يصبح مسؤولاً عن التزامات المحل التجاري بهذا العنوان، أما اذا كان البيع للمحل التجاري بدون العنوان فإن المشتري لا يسأل عن التزامات المحل السابقة لعقد البيع[2].

البند الثاني: آثار عقد بيع المحل التجاري

إذا انعقد العقد صحيحاً رتب آثاراً على عاتق طرفيه بما يعني أن هذه الآثار هي النتائج التي اتجهت إرادة كل طرف إلى تحقيقها، ولكي تتحقق هذه النتائج لابد أن

---

(١) انظر د. احمد زيادات ود. ابراهيم العموش. المرجع السابق ص١١٠.

(٢) انظر نص المادة (٤٢) من قانون التجارة وتضمنت مسؤولية المشتري عن الالتزامات التي ترتبت على المحل قبل بيعه إذا كان محل البيع هو من عناصر المحل التجاري ومنها العنوان.

ينفذ كل طرف ما تعهد به، لذلك فإن من آثار عقد بيع المحل التجاري أن تنتقل ملكية محل البيع إلى المشتري وان يدفع الأخير الثمن كمقابل للمبيع، وآثار عقد البيع عموماً هي التزامات أطرافه وتقوم على عاتق البائع في جزء منها في حين يقوم على عاتق المشتري الجزء الآخر.

أولاً: التزامات البائع

يلتزم البائع في عقد بيع المحل التجاري بتحقيق النتيجة التي اتجهت إرادته إليها، وهي نقل ملكية المبيع وضمان البيع، وهذان الالتزامان على عاتق البائع يمثلان الوجه السلبي بالنسبة له والوجه الايجابي بالنسبة للمشتري على أساس ان هذين الالتزامين هما حقوق المشتري.

والتزام البائع بنقل الملكية يتم بانعقاد العقد باعتباره من العقود الرضائية بحيث تنتقل الملكية بمجرد التقاء الإرادتين في الإيجاب والقبول دون حاجة إلى كتابة أو شكلية أخرى.

على انه إذا وجد من عناصر المحل التجاري ما يستوجب لنقل ملكيته إجراءات بمقتضى القانون فلابد من إتمام هذه الإجراءات بحيث تستوفي معاملة نقل الملكية الأوضاع القانونية اللازمة لنقل الملكية.

لذلك نجد ان العنوان التجاري إذا بيع مع المحل التجاري ينبني عليه إتمام قيد نقل الملكية في السجل التجاري، وإذا استعمل المشتري العنوان الذي اشتراه كعنصر في المحل التجاري دون ان يثبت ذلك في السجل التجاري فإن البائع يبقى مسؤولاً عن التزامات المشتري بعد انعقاد العقد[1].

وهو ذات الأمر بالنسبة للعلامة التجارية وبراءة الاختراع حيث أوجب نص المادة ١٩ من قانون العلامات التجارية تسجيل العلامة التجارية في سجل العلامات التجارية بعد التعاقد على نقل ملكيتها، وذات الأمر بالنسبة لبراءة الاختراع، لا تنقل ملكيتها ولا يكون رهنها حجة على الغير إلا من تاريخ نقل ملكيتها او رهنها وفق قانون الامتيازات

(١) انظر نص المادة (٤٨) من القانون المدني بشأن انتقال ملكية المبيع بمجرد انعقاد العقد، وانظر نص المادة (٤٦) من قانون التجارة والمادة (٢)، (٣٥) من ذات القانون والمادة (٩) من نظام السجل التجاري بشأن العنوان التجاري.

والرسوم، وتسجيل البراءة باسم المالك الجديد يحميه من دعوى تقليد الاختراع او استغلاله بدون حق.

والجدير بالذكر ان المحل التجاري تنتقل ملكيته بإتمام العقد على نحو يصبح معه تسليم المحل التزاماً على عاتق البائع، وهذا يعني ان الملكية تنتقل ولو لم يتم التسليم، وانطلاقاً من هذا المعنى فإن قاعدة الحيازة في المنقول سند للملكية لا تجد لها مجالاً في المحل التجاري، على أساس انه منقول معنوي، وعليه اذا تم التعاقد بين مالك المحل التجاري والمشتري على بيع هذا المحل ولم يتم التسليم ثم قام المالك ببيع المحل مرة ثانية لشخص آخر وتم التسليم، فلا يستطيع المشتري الثاني ان يحتج في مواجهة المشتري الأول ولا ان يدفع او يتذرع في مواجهته بأنه حائز للمحل ولو كان حسن النية، إذ في هذا المعنى يجدر القول ان المشتري الثاني اشترى المحل ممن لا يملكه، وان البائع في هذه الحالة باع ملك الغير وبيع ملك الغير غير نافذ[1].

أما فيما يتعلق بتسليم المحل التجاري فهو التزام على عاتق البائع ويخضع للقواعد العامة في القانون المدني بالإضافة إلى أن طبيعة المحل التجاري باعتباره مؤلفاً من عدة عناصر، وان البيع قد يقع على بعض هذه العناصر دون البعض الآخر، فلابد لاعتبار البائع قد نفذ التزامه بالتسليم ان يضع كافة العناصر تحت يد المشتري بما يتفق وطبيعة كل عنصر، ولا يكتفي بتسليم مفاتيح المحل، ومن الأمثلة على تسليم العناصر قيام البائع بإطلاع المشتري على البيانات والمستندات التي تمكنه من التعرف على العملاء، وكذلك إطلاعه على أسرار التصنيع إذا كان من عناصر المحل براءة اختراع بالإضافة إلى وضع مستندات ورسومات وأشكال البراءة أو السر الصناعي أو حق المعرفة Know-How تحت يد المشتري، كما يتم التسليم للعناصر المادية بوضعها تحت تصرف المشتري وفق إحدى صور التسليم، سواء أكان مادياً أو حكمياً أو رمزياً[2].

والالتزام الثاني الذي يقع على عاتق البائع هو الالتزام بالضمان، وهو ما يقصد به ان يقف البائع إلى جانب المشتري ويمكنه من الانتفاع بالمبيع بالصورة التي تحقق الغاية

---

(١) انظر د. سميحة القيوبي. المرجع السابق ص٣٦١.

(٢) انظر في صور التسليم د. محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع. محاضرات غير منشورة. جامعة القاهرة. الدراسات العليا.

التي من أجلها ابرم العقد، بالإضافة إلى التزام البائع بالامتناع عن القيام بأية تصرفات مادية أو قانونية تحول دون انتفاع المشتري بالمحل التجاري.

والالتزام بالضمان يكون بضمان عدم التعرض وبضمان الاستحقاق، وبضمان العيوب الخفية، بالإضافة إلى ضمان تحقيق النتيجة، وبخصوص ضمان عدم التعرض فإن البائع يلتزم بعدم التعرض للمشتري إذا كان في فعله ما يجعل انتفاع المشتري من المحل غير ممكن او غير كامل، وعدم التعرض في عقد بيع المحل التجاري يعني عدم منافسة البائع للمشتري عن طريق فتح محل تجاري مماثل في نفس المنطقة إذا كان يؤدي إلى تحويل العملاء عن المحل المبيع.

والتعرض يكون قانونياً ويكون مادياً وهو بنوعيه يكون مباشراً اذا أتاه البائع نفسه ويكون غير مباشر اذا اتاه الغير، لذا فإن ما يترتب على ذلك ان البائع يضمن عدم التعرض القانوني المباشر الذي يصدر عنه وغير المباشر الذي يصدر عن الغير، ويضمن كذلك التعرض المادي المباشر الذي يصدر عنه ولا يضمن التعرض المادي غير المباشر الذي يصدر عن الغير، لان السلطة تضمن ذلك، وضمان التعرض قد يرد شرطاً في عقد البيع وقد لا يتضمنه العقد، وهو في الحالة الأولى شرط صحيح واجب التنفيذ على ان يكون محدداً من حيث الزمان والمكان، بمعنى ان ضمان التعرض إذا ورد كشرط في العقد فلابد لإعماله ان يكون لمدة محددة وفي منطقة معينة لان الشرط إذا ورد مطلقاً ومؤبداً يكون باطلاً[1].

وبخصوص ضمان عدم التعرض باعتباره يمثل التزاماً على عاتق البائع بالامتناع عن منافسة المشتري يستفيد منه خلفاء المشتري سواء أكان الخلف عاماً أم خاصاً ذلك لان هذا الالتزام كشرط على البائع ينتقل مع المحل التجاري باعتباره من مستلزماته، وهذه الشروط ذات طبيعة عينية باعتبار المشتري تعاقد عن نفسه أولاً وعمّن يخلفه في الحق ثانياً، وهذا ما ورد النص بشأنه في القانون المدني الفرنسي.

والتزام الضمان الثاني هو ضمان الاستحقاق وهذا الالتزام مؤداه وقوف البائع الى جانب المشتري في الدفاع عنه إذا ظهر من يدعي حقاً في المحل التجاري، وانه بذلك

---

(١) انظر د. محمد إسماعيل. المرجع السابق ص٢٢٨.

يباشر تعرضاً قانونياً يمتد إلى تقديم الدعوى بزعم استحقاقه للمحل التجاري أو بعض عناصره.

وبهذه الصورة ينضم البائع إلى المشتري ليرد على كل دعوى ترفع من الغير باستحقاق المحل، على انه إذا ظهر ان المتجر مملوك كله أو في جزء منه للغير أو كان بعض عناصره التي دخلت في المبيع كجزء منه مملوكة للغير[1].

أما التزام الضمان الثالث الذي يقع على عاتق البائع فهو ضمان العيوب الخفية، ومؤداه ان العيب الذي لا يكون المشتري عالماً به وقت المبيع ولم يكن بإمكانه معرفته يعتبر عيباً خفياً تقوم على أساسه مسؤولية البائع بالضمان على نحو يوجب فسخ العقد إذا طلبه المشتري.

ويرى البعض أن العيب الخفي الذي يضمنه البائع هو ما كان مؤثراً في استغلال المحل أو ما كان له هذا الأثر في العلاقة مع العملاء، ويكون ذلك إذا صدر حكم او قرار إداري بإغلاق مصنع أو نقله إلى مكان بعيد، أو إذا اكتشف المشتري أن الرخصة الممنوحة للمحل قد ألغيت[2]، ونرى خلاف هذا الرأي، ذلك أن العيوب التي يمكن للمشتري تبينها بأقل مجهود لا تعد خفية وبالتالي لا يلتزم البائع بضمانها[3].

والتزام الضمان الرابع هو ضمان تحقيق النتيجة على النحو الذي اتجهت إليه إرادة المتعاقدين، وتحقيق النتيجة كالتزام على عاتق البائع لا بد أن يرد النص بشأنه بالعقد، ذلك انه يأتي لضمان النتيجة لبعض العناصر، ويكون كذلك إذا كان من بين عناصر المحل التجاري سر صنعة، او حق معرفة، أو براءة اختراع، فإن التعاقد بشأن هذه العناصر يضمن على أساسه البائع ان تحقق هذه العناصر النتيجة التي تضمنتها المستندات والرسومات[4].

---

(١) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص٣٦٨، د. محمد إسماعيل. المرجع السابق ص٢٣٨.

(٢) انظر في هذا الراي د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص٣٦٨.

(٣) انظر د. محمد إسماعيل. المرجع السابق. ص٢٣٩.

(٤) انظر في هذا الموضوع. المؤلف. عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا. رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة ١٩٨٨.

ثانياً: التزامات المشتري

يقع على عاتق المشتري دفع الثمن كمقابل للمحل التجاري وتسلمه من البائع، وهذان الالتزامان إذا وفّى بهما المشتري برئت ذمته في مواجهة البائع. والتزام دفع الثمن قد يكون دفعة واحدة او على دفعات وقد يكون معجلاً قبل نقل الملكية أو مؤجلاً إلى وقت لاحق، على أن إخلال المشتري بالوفاء بالثمن تتقرر للبائع على أساسه ضمانات تؤدي إلى تيسير حصوله على الثمن، وله بهذا الصدد حق حبس المبيع إذا كان لا زال تحت يده وكذلك حق طلب فسخ العقد واسترداد المبيع إذا كان المشتري تسلمه، ويرى البعض ان للبائع ضمانات مؤداها حق الأفضلية في استيفاء حقه من ثمن المحل إذا بيع مقدماً على باقي الدائنين.

ونرى أن هذا الرأي يستند إلى بعض التشريعات المقارنة، غير ان القانون المدني الأردني لم يتصد لمثل هذه الضمانة بالنسبة للبائع، كما لم تعالجه النصوص في قانون التجارة، وعليه ليس للبائع حق أفضلية أو تقدم أو تتبع على المحل التجاري إذا نقل ملكيته للمشتري وتسلمه الأخير إلا إذا كان البائع ارتهن المبيع بمقتضى عقد رهن يفيد انشغال ذمة المشتري له[1].

---

(١) انظر د. محمد إسماعيل. المرجع السابق ص٢٤١.

المبحث الخامس
الحماية القانونية للمحل التجاري

المحل التجاري مال تدخل مكونات الذمة المالية لمالكه، وتكبر هذه الذمة ويزيد رأس المال بمقدار النجاح الذي يحققه صاحب العمل التجاري في تسويق عمله بما يزيد من عملائه، على انه ينبغي أن تكون أساليب التسويق بقصد جذب العملاء مشروعة، ذلك لان هذه الأساليب يتم التعبير عنها بالمنافسة والتي يقصد منها تزاحم التجار والصناع على تسويق بضائعهم بما يحقق لهم جذب العملاء وفق قاعدة حرية المنافسة.

ولان المنافسة يأتيها التجار والصناع وأرباب الحرف عندما يعرضون بضائعهم ومنتجاتهم وخدماتهم عند ذات الجمهور، فإنهم بلا ريب يمارسون أساليب مختلفة لجذب هؤلاء العملاء، فإلى أي مدى تكون هذه الأساليب مشروعة؟ وما هي الحدود التي إذا تخطاها التاجر بممارسة بعض الأساليب تعد منه منافسة غير مشروعة[1]؟

لذلك سنتحدث عن المنافسة بحالة الانحراف عن قاعدة تخصيص الأهداف في العمل التجاري على نحو يقال معه إن هذه المنافسة غير قانونية، ممنوعة أوغير مشروعة.

ونناقش حالتي المنافسة عندما تكون ممنوعة في البند الأول وعندما تكون غير مشروعة في البند الثاني لنرى على ضوء ذلك كيف تقررت الحماية القانونية للمحل التجاري من المنافسة التي لا تتفق أساليبها مع القواعد القانونية عندما تكون ممنوعة وغير مشروعة من خلال دعوى المنافسة غير المشروعة التي سنناقشها في البند الثالث.

---

(١) صدر قانون المنافسة رقم ٤٩ لسنة ٢٠٠٢ ونُشر على الصفحة ٢٨٣٦ من عدد الجريدة الرسمية رقم ٤٥٦٠ تاريخ ٢٠٠٢/٨/١٥.

البند الأول: المنافسة الممنوعة

يطلق اصطلاح المنافسة الممنوعة على الأساليب التي يأتيها شخص يمتنع عليه القيام بها، وهذا القيد إما أن يُقرر بنص القانون وإما أن تتجه إرادة الطرفين إلى إحداث اثر قانوني ينتج عنه امتناع احدهما عن منافسة الآخر في مجال معين.

وعلى هذا فإن المنافسة تكون ممنوعة بإحدى حالتين:

الأولى: نص في القانون.

الثانية: باتفاق الطرفين.

وبذلك تكون حالات المنافسة الممنوعة أوسع مجالاً من حالات المنافسة غير المشروعة على انه قد تنضم حالات المنافسة غير المشروعة إلى حالات المنافسة الممنوعة ونناقش حالتي المنافسة الممنوعة فيما يلي.

أولاً: المنافسة الممنوعة قانوناً

يشترط القانون فيمن يمارس بعض المهن أن يحصل على رخص معينة وكذلك شهادات علمية أو عملية أو فترة تدريبية، وبناء على ذلك لا يمكن لكل شخص أن يزاول كل مهنة تروق له، فالطبيب لا بد ان تتوافر فيه خصائص معينة لمزاولة مهنته، والمحامي يتعين أن يكون بمؤهلات نص عليها القانون، والصيدلي يتعين أن يمارس مهنته بعد حصوله على درجة علمية مطلوبة بمقتضى القانون.

ويخالف كل واحد من المذكورين نصوص القانون إن هو زاول مهنة من غير حصوله على متطلبات مزاولتها، وإن دخوله مجال العمل في مهنة معينة يعني منافسته أصحاب المهنة الآخرين دون سبب قانوني وهو بفعله يخالف نصوص القانون.

وكذلك قد يتدخل المشرع لتنظيم مهنة معينة فيضع قيوداً على ممارسة أصحابها كأن يبين المسافات التي يجب أن تفصل بين مكاني المهنة، كما هو شأن القيد الذي يقرره قانون مهنة الصيادلة الذي يوجب أن تكون هناك مسافة محددة بين كل صيدليتين، فإذا مارس الصيدلي عمله في الصيدلية دون أن يراعي المسافة التي نص عليها القانون يكون بذلك ارتكب خطأ وهذا الخطأ هو مخالفة القانون ويتحقق على

أساسه مساءلته بتوفر ركني المسؤولية الآخرين وهما: الضرر وعلاقة السببية فيما بين الخطأ والضرر.

وقد تكون المنافسة ممنوعة بتدخل السلطة لوضع أسس ممارسة البيع والشراء للمستهلكين كأن تشترط وزناً معيناً للسلعة المباعة، او مواصفات محددة وهو ما تعبر به الدولة عن رغبتها بحماية المستهلكين.

كما تكون المنافسة ممنوعة عندما ينص القانون على ذلك حتى ولو كان المنع تحقيقاً لمصلحة خاصة كتلك النصوص التي تحمي المخترعات والعلامات التجارية من المنافسة[١].

ثانياً: المنافسة الممنوعة باتفاق الطرفين

العقد شريعة المتعاقدين، وبهذا المبدأ يتقرر التزام كل طرف تتجه إرادته الى تحقيقه، وهو ما يعني ان أطراف العقد ملتزمون بأن ينفذ كل منهما التزاماته في مواجهة الآخر، لان إخلاله بالتنفيذ يشكل خطأ، يوجب على أساسه مسؤوليته عن الضرر الذي نتج عن الخطأ المتمثل بعدم التنفيذ.

وهكذا تقوم المسؤولية العقدية على عاتق من يخل في تنفيذ التزامه وكل فعل يقوم به المتعاقد ويخالف به ما تم الاتفاق عليه صراحة او ضمناً والحق ضرراً بالطرف الآخر يوجب التعويض لجبر الضرر[٢].

ومع ذلك فإن حرية التجارة ومبدأ تشجيع المنافسة يفرضان أن لا تكون الشروط مانعة للمنافسة بشكل مؤبد او ضمن مناطق الدولة كاملة او مانعة لمزاولة كل أنواع التجارة[٣] لان الالتزام باعتباره شرطاً يقيد حرية الشخص ولا يجوز ان يكون مؤبداً ويجب ان ينقضي بأسباب انقضاء الالتزامات.

أما صور المنافسة الممنوعة باتفاق الطرفين فهي:

---

(١) انظر قانون امتيازات الرسوم والاختراعات وكذلك قانون العلامات التجارية وقانون علامات البضائع.

(٢) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص٣٩٠، د. محمد اسماعيل. المرجع السابق ص٢٢٢.

(٣) من اسباب انقضاء الالتزام (الوفاء، الابراء، المقاصة، التقادم، اتحاد الذمتين..الخ).

١- الشروط الواردة في عقد الإيجار:

إذا مارس التاجر عمله في محل تجاري استأجره من مالك العقار واشترط ان لا يزاول هذا المالك نشاطاً تجارياً مماثلاً فإن هذا الشرط كقيد على المالك يجب تنفيذه بما يتقرر على أساسه أن يمتنع مالك العقار عن منافسة المستأجر، كما ان المستأجر قد يشترط على المالك أن لا يؤجر المخازن الباقية في عقاره إلى أشخاص يزاولون نشاطاً تجارياً مماثلاً لنشاطه، ويلتزم المالك بتنفيذ هذه الشروط وتعد المنافسة ممنوعة بموجب هذا الاتفاق وذلك إعمالاً للقواعد العامة التي تفرض على مؤجر العقار ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور.

٢- الشروط الواردة في عقد بيع المحل التجاري:

إذا كان محل عقد البيع هو المتجر فيشمل على النحو الذي ورد مسبقاً العناصر المادية والمعنوية، ومن أهم العناصر التي يجب ان تكون ضمن عناصر المحل عنصر العملاء، ولا يتحقق للمشتري ما سعى من اجله عندما اشترى المحل، إذا مارس البائع نشاطاً تجارياً مماثلاً لنشاط المشتري، وهذا يعني انه سينافس الأخير على نحو سيبقى عنصر العملاء خارج نطاق عقد البيع، وليس بالضرورة ان يشترط عدم ممارسة نشاط تجاري مماثل في عقد البيع لان ذلك ينشأ على عاتق البائع دون النص عليه لأنه يدخل في التزام البائع بالضمان، وهذا الضمان هو عدم التعرض، والبائع يضمن للمشتري التعرض القانوني الصادر من الغير والتعرض المادي الصادر منه شخصياً.

لذلك يسأل البائع عقدياً إذا هو بادر إلى تأسيس محل تجاري مماثل ضمن منطقة المحل المباع، ويسأل كذلك إذا أسس مع آخر محلاً تجارياً مماثلاً للمحل الذي باعه وفي منطقته.

٣- الشروط الواردة في عقد العمل:

اذا تضمن عقد العمل المبرم بين العامل ورب العمل شروطاً على الأول تتضمن التزامه بعدم المنافسة بإنشاء تجارة مماثلة او العمل عند تاجر منافس بعد انتهاء العقد، فإن هذه الشروط معتبرة وواجبة الاحترام، على ان هذه الشروط حتى تكون معتبرة وواجبة الاحترام يجب ان لا تكون مؤبدة لان القيود على الحرية يجب ان تكون مؤقتة حتى وان كان النص عليها بموجب شروط العقد.

كما ان القيد يجب ان يكون محدداً من حيث المكان ونوع العمل بالقيد الذي تبقى فيه مصالح رب العمل محمية، وأساس تقرير هذا القيد على العامل بموجب عقد العمل كون طبيعة عمله تجعله يطلع على عملاء رب العمل وأسراره، ومثل ذلك يشكل منافسة يمتنع على العامل إتيانها إذا كان الالتزام تقرر على عاتقه عندما كان بالغاً سن الرشد، وان يكون هذا الالتزام محدداً من حيث الزمان والمكان، وهو ما قرره المشرع الأردني عندما نص في المادة ٨١٨ من القانون المدني على ان الاتفاق فيما بين العامل وصاحب العمل بخصوص امتناع العامل عن منافسة صاحب العمل أو الاشتراك في عمل ينافسه بعد انتهاء العقد يعتبر صحيحاً وواجب الاحترام إذا كان العامل يقوم بعمل يسمح له بالإطلاع على أسرار العمل ومعرفة عملاء المنشأة التي يعمل فيها[١]، ومع ذلك أورد المشرع قيدين على جواز اتفاق الطرفين على نحو ما سبق:

الأول: إذا كان اتفاق العامل وصاحب العمل مطلقاً غير مقيد بزمان ومكان فلا يكون الشرط مقبولاً[٢].

الثاني: إذا تضمن اتفاق العامل وصاحب العمل في حالة الإخلال بالامتناع عن المنافسة ضماناً مبالغاً فيه بقصد إجباره على البقاء لدى صاحب العمل كان هذا الشرط غير صحيح[٣].

٤- الشروط الواردة بين المنتجين والتجار:

ترد في عقود توزيع السلع المبرمة بين المنتجين والتجار شروط يلتزم بموجبها الأول ان لا يتعاقد على توزيع السلعة في منطقة معينة إلا بوساطة الثاني.

ويلتزم بالمقابل التاجر ان لا يتعاقد مع منتجين آخرين لتوزيع منتجاتهم المماثلة في ذات المنطقة ويعتبر مخلاً بالتزامه اذا قام بتوزيع سلعة مماثلة. وهذه الشروط تسمى

---

(١) أنظر نص المادة (٨١٨) فقرة ١ من القانون المدني

(٢) أنظر نص المادة (٨١٨) فقرة ٢ من القانون المدني.

(٣) أنظر نص المادة (٨١٩) من القانون المدني.

بشروط الحصر والقصر على نحو تحصر بيع المنتجات في شخص معين وتقصر بيع المنتجات في منطقة معينة[1].

البند الثاني: المنافسة غير المشروعة

من المبادئ القانونية التي رسخت في ضمير الناس مبدأ "الأصل في الأمور الإباحة" بما يعني أن الإنسان حر يعمل ما يريد، لولا ان هؤلاء الناس قد انتظموا ضمن منظومة اجتماعية دفعتهم إلى تقرير سلوك بينهم يحفظ لهم الحرية في كل الأمور الا ما اتفقوا على خلافه، بما يعني ان الإنسان حر في عمل ما يريد الا ما كان يخالف القانون والنظام العام وهو القيد الذي فرض على حرية الإنسان.

وهكذا كانت أفعال الإنسان بلا حدود، وتم وضع الحدود لها، وكانت مطلقة، فتم وضع القيود عليها، وكانت المنافسة بين أصحاب المهنة الواحدة تحقق لكل صاحب مهنة قدراً أكبر من الربح نتيجة كسبه عملاء أكثر، ومع ذلك فإن المنافسة رغم ما فيها من خطورة باعتبارها نوعاً من المضاربة تكون مشروعة على نحو لا يخالف القانون واتفاق الأطراف[2]، وتكون غير مشروعة وفق ما سيأتي.

أولاً: معنى المنافسة غير المشروعة

يمارس أصحاب المهن والتجار والصناعيون من الأساليب ما يعتقدون معه أنها وسائل لجذب العملاء، وبعض هذه الأساليب تستدعي الوقوف في مواجهتها لمنعها على أساس ان فيها مخالفة قانونية يترتب على ممارستها من قبل البعض الآخر ضرر يؤدي إلى تغير في المراكز القانونية بين هؤلاء وأولئك.

وانه إذا كان التاجر حراً في أن يمارس من الوسائل و الأساليب ما يراه مناسباً لجذب العملاء وتسويق بضائعه إلا أن عدم مراعاته لأعراف التجارة وخروجه عن مبدأ الصدق والأمانة يجعل وسائله وأساليبه منافية لقواعد الشرف، وأنه إذا نتج عن ممارسة

---

(١) تعد الشروط الواردة بين المنتجين والتجار بخصوص التوزيع الحصري صحيحة على ان تكون محدودة المدة بمكان معين لان الشروط اذا جاءت غير محددة المدة والمكان تؤدي الى الاحتكار. انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص٢٩٨، وراجع د. محمد اسماعيل. المرجع السابق. ص٢

(٢) انظر المرجع السابق ص١٣٩، وما بعدها، وانظر قانون المنافسة رقم ٤٩ لسنة ٢٠٠٢.

تلك الوسائل والأساليب غير الشريفة ضرر بالغير من أصحاب المهنة الواحدة فإن المنافسة تصبح غير مشروعة ويجب منعها، وعليه تكون المنافسة غير مشروعة وغير ممنوعة.

أما المنافسة الممنوعة فهي مجموعة الأفعال والأساليب التي ورد النص عليها قانوناً أو تم الاتفاق بشأنها بمقتضى العقد بحيث تضمنتها إحدى القواعد القانونية صراحة، أو اشترطها أحد أطراف العقد كما لو ورد نص يمنع مزاولة مهنة بيع سلعة من السلع في منطقة معينة إلا لعشرة أشخاص، أو ورد نص يقيد ممارسة مهنة الصيدلة في منطقة بمسافات لا يجوز تجاوزها إلى أدنى من المقرر في النص، وكذلك بشأن أصحاب محطات بيع المحروقات، أو إذا اشترط صاحب العمل أن لا يعمل العامل لدى شخص آخر يمارس نشاطاً تجارياً مماثلاً.

وبخصوص المنافسة غير المشروعة فهي مجموعة الأفعال التي إذا أتاها الشخص ترتب عليها ضرر للغير، بشرط ان تكون هذه الأفعال تمثل ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية أو العقدية على نحو يؤدي هذا الخطأ معه إلى وقوع الضرر.

بمعنى ان الخطأ الذي يرتكبه الشخص سواء أكان ناتجاً عن إهماله أو قلة احترازه أو مخالفة القوانين والأنظمة يوجب تحميله مسؤولية هذا الخطأ إذا نتج عنه ضرر للغير، شريطة ان يكون الضرر نتيجة طبيعية للخطأ بما يعني توافر رابطة السببية بين الخطأ والضرر.

وهكذا فإنه إذا تحققت أركان المسؤولية فإن المتضرر يمكنه اللجوء إلى القضاء بمقتضى دعوى المنافسة غير المشروعة للحصول على الحماية القانونية وذلك عن طريق منع المعتدي من الاستمرار في اعتدائه وكذلك الحكم عليه بجبر الضرر الذي لحق المضرور.

وتقوم المسؤولية عندما تتحقق أركانها وهي الخطأ والضرر وعلاقة السببية ويقوم ركن الخطأ على الإخلال بشروط العقد وفق أحكام المسؤولية العقدية كحالة بيع تاجر محله التجاري عندما يتضمن عقد البيع ألاّ يمارس البائع ذات العمل ضمن حدود منطقة المحل المبيع، كما يقوم الخطأ على الإهمال او عدم الاحتراز أو مخالفة القوانين والأنظمة في المسؤولية التقصيرية، وإذا تحقق ركن الخطأ ينظر إذا نتج عنه

ضرر للغير أو لا، وإذا نتج الضرر هل كان نتيجة طبيعة للخطأ بمعنى توافر علاقة السببية[1] أم لا.

ويمكن تعريف المنافسة غير المشروعة بأنها: استخدام الشخص وسائل تخالف القانون والأمانة والشرف، ومثل هذا التعريف وغيره لا يمكن التوصل من خلاله إلى وضع معيار محدد لصور المنافسة غير المشروعة لأن اختلاف وجهات النظر وفق الأسس والمبادئ السائدة في مجتمع معين واختلافه عن مجتمع آخر يجعل من الصعب الاتفاق على تحديد هذا المعيار[2]. ولم يعرف المشرع المنافسة غير المشروعة بقانون المنافسة غير المشروعة والأسرار التجارية رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٠، ولكنه أتى على صورة المنافسة غير المشروعة في المادة (٢٥) من القانون بالقول:

" - يعتبر عملاً من أعمال المنافسة غير المشروعة كل منافسة تتعارض مع المنافسات الشريفة في الشؤون الصناعية او التجارية وعلى وجه الخصوص ما يلي:

أ- الأعمال التي بحكم طبيعتها تسبب لبساً مع منشأة لأحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.

ب- الادعاءات المغايرة للحقيقة في مزاولة التجارة والتي قد تسبب نزع الثقة عن منشأة لأحد المنافسين أو منتجاته أو نشاطه الصناعي أو التجاري.

ج- البيانات أو الادعاءات التي قد يسبب استعمالها في التجارة تضليل الجمهور فيما يتعلق بطبيعة المنتجات أو طريقة تصنيعها أو خصائصها أو كمياتها أو صلاحيتها للاستعمال.

د- أية ممارسة قد تنال من شهرة المنتج أو تحدث لبساً فيما يتعلق بمظهره الخارجي أو طريقة عرضه أو قد تضلل الجمهور عند الإعلان عن سعر المنتج أو طريقة احتسابه.

---

(١) أنظر د. محمد اسماعيل. المرجع السابق ص٢١٥.

(٢) أنظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص٤٠٨ وتقول: "... فنظرة مجتمع يؤمن بنظام الاقتصاد الحر الذي يجيز أعمال المنافسة الى حد بعيد يختلف عن نظرة المجتمع الذي يؤمن بالنظم الاشتراكية".

- إذا كانت المنافسة غير المشروعة متعلقة بعلامة تجارية مستعملة في المملكة سواء أكانت مسجلة أم غير مسجلة وتؤدي إلى تضليل الجمهور فتطبق في هذه الحالة أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة.
- تسري الأحكام الواردة في الفقرتين السابقتين من هذه المادة على الخدمات حسب مقتضى الحال".

ثانياً: صور المنافسة غير المشروعة

أن أساليب التجار في المنافسة كثيرة ومتنوعة وغير متناهية، لذلك يصعب على المشرع وكذا القضاء التصدي لكل الصور التي تمثل أفعالاً غير مشروعة، وقد ورد بعضها في نصوص القوانين المختلفة في حين استقر بعضها الآخر عند التجار على نحو إذا خالف الفعل مجموعة القواعد المنظمة لعلاقاتهم وسلوكهم في تعاملهم عُد ذلك الفعل مخالفاً للقانون ويمثل هذا الفعل الركن الأول في المسؤولية.

الصورة الأولى: استخدام أساليب مضللة

ويمكن تلخيصها في النقاط الآتية:

- إذاعة وقائع مختلقة أو ادعاءات كاذبة.
- تقديم عروض البيع أو الشراء بقصد بلبلة الأسعار.
- الإقدام على أي عمل من شأنه إفساد قاعدة العرض والطلب في السوق.

هذا وورد نص المادة ٤٣٥ من قانون العقوبات ليقرر عقوبة على من يتوسل بالغش لرفع او تخفيض ثمن البضائع، وهذه الصورة تعبر عن الإساءة إلى تاجر عندما تمثل أعمال المنافسة غير المشروعة اعتداء على شرف تاجر آخر وسمعته بإذاعة معلومات كاذبة تتضمن انه مفلس، وانه مرتبك مالياً، أو ان نيته تتجه إلى تصفية تجارته او بيع محله التجاري، وكذلك السعي إلى تضليل الجمهور بإذاعة معلومات غير صحيحة عن البضائع والسلع والخدمات موضوع النشاط التجاري ومثلها الإجراءات القضائية التي يكون سبباً فيها منافس آخر بحيث يتقدم بالدعوى لإعلان إفلاس تاجر بصورة كيدية.

الصورة الثانية: الاعتداء على حقوق الملكية الصناعية

تمثل براءات الاختراع والعلامات التجارية والأسماء التجارية حقوقاً لمالكها، وهي من الحقوق المعنوية ومن العناصر المعنوية عندما تكون من مكونات المحل التجاري، والاعتداء على هذه المكونات يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة لأنه إذا اتخذ المنافس اسماً تجارياً مشابهاً لاسم تجاري آخر أو قلّد علامة تجارية لغيره من التجار او استغل براءة اختراع يملكها تاجر آخر او حاكى رسماً او نموذجاً لغيره، فإن ذلك يعد من قبيل المنافسة غير المشروعة وفيه اعتداء على حق الملكية على نحو يكون لصاحب هذه العناصر حق وقف الاعتداء عندما يلحقه ضرر من جراء هذه المنافسة مع المطالبة بالتعويض، وينطبق ما سبق على الاعتداء على الاسم التجاري وكذلك على التسمية المبتكرة.

الصورة الثالثة: تقليد طرق الإعلان ووضع بيانات غير صحيحة

يلجأ المنافسون من التجار الى تقليد بعضهم في الإعلان عن منتجاتهم او خدماتهم، فإذا كانت طرق الإعلان متشابهة فإنه يمتنع على من قلد طريقة غيره في الإعلان ان يستمر في ممارسة تلك الطريقة، لما فيها من ضرر لمن ابتكر تلك الطريقة، ويعد من قبيل المنافسة غير المشروعة تقليد طرق الإعلان عن البضائع والخدمات.

ولجهة وضع بيانات غير صحيحة على المنتجات فإنه بالإضافة إلى أن هذه البيانات تؤدي إلى تضليل الجمهور، فإنها تعد منافسة غير مشروعة لتاجر آخر يبيع نفس المنتجات.

ذلك لأنه إذا كانت منتجات تاجرين من مواصفات واحدة فلا شك أن العملاء سيقبلون على شراء السلعة من أيهما دون تمييز، أما إذا أعلن أحدهما عن سلعة بمواصفات غير حقيقية كما لو روج لها بأنها حائزة على مواصفات السلعة العالمية "الايزو ٩٠٠٠"[١]. كان الجمهور سيقبل على شرائها مقتنعاً انها تحوز على تلك المواصفة.

---

(١) الأيزو ٩٠٠٠: هي جودة السلعة بمواصفات عالية اصطلح تسميتها بالايزو ٩٠٠٠ ويمكن للسلعة التي تحوز على هذه المواصفات ان يتم تسويقها عالمياً لتنافس البضائع الأخرى.

الصورة الرابعة: تحريض العمال

يعمد التاجر أحياناً في سبيل جذب عملاء تاجر آخر إلى تحريض العمال الذين يعتمد عليهم ذلك التاجر، كأن يغريهم بترك العمل أو يشجعهم على الإضراب، وهو بذلك يؤدي إلى خلق بلبلة تؤدي إلى ضرر بمحل التاجر الذي اضرب عماله أو تركوا العمل لديه، والتاجر المنافس بهذه الصورة يعمد إلى إغراء العمال بالمتجر الآخر عن طريق عروض عمل يقدمها لهم لترك العمل أو للحصول منهم على أسرار التاجر أو معرفة طريقة البيع للعملاء والتسهيلات التي يقدمها إلى العملاء، كما قد يلجأ المنافس إلى تهديد العملاء والطلب منهم عدم التعامل مع التاجر الآخر.

البند الثالث: دعوى المنافسة غير المشروعة

تقوم دعوى المنافسة غير المشروعة على أساس من وجود مصلحة يتقرر بمقتضاها حق لجوء أحد الأشخاص إلى القضاء سواء أكانت هذه المصلحة حالة قائمة أو محتملة، بما يعني أن أول شروط اللجوء للقضاء هو توفر المصلحة.

أما السند الذي تقوم على أساسه هذه الدعوى من الناحية القانونية فهو مسؤولية المدعى عليه عن جبر الضرر الذي يلحق الغير نتيجة فعله الخاطئ وهو ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية، وهذه المسؤولية هي مخالفة القوانين والأنظمة أو الإهمال أو التعدي أو التقصير أو عدم الاحتراز.

ورغم ما قيل عن أن السند القانوني لدعوى المنافسة غير المشروعة يقوم على أساس من المسؤولية التقصيرية إلاّ أن مما لا شك فيه ان هذه الدعوى تقوم كذلك على أساس من المسؤولية العقدية التي تقوم على أركان ثلاثة هي: الخطأ والضرر وعلاقة السببية، غير أن الخطأ في هذه المسؤولية يتمثل في الإخلال بشرط العقد، كما لو نافس أحد العمال رب العمل بعد تركه العمل لديه وكانت شروط العقد بينهما تقوم على التزام العامل بالامتناع عن منافسة رب العمل[1].

---

(١) أنظر د. محمد اسماعيل. المرجع السابق ص٢١٢ واورد امثلة لكيفية الاستناد في دعوى المنافسة غير المشروعة إلى المسؤولية العقدية مثل شروط الاتفاقات المنظمة للمنافسة في حالة القصر (التوزيع الحصري) واتفاق المنتجين وكذلك بيع المحل التجاري =

وعلى أساس مما تقدم نجد ان دعوى المنافسة غير المشروعة تستند إلى الأحكام القانونية كما وردت في القانون المدني وهي القواعد العامة للمسؤولية المدنية القائمة على أركانها الثلاثة الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

وبخصوص مصلحة المضرور في إقامة دعوى للمطالبة بالأضرار التي لحقت به بمقتضى المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني، والتي تنص على أن كل إضرار بالغير يلزم فاعله ولو كان غير مميز بضمان الضرر، نقول إن هذه المصلحة تقوم على أساس من المسؤولية التي تقوم على ركن واحد هو ركن الضرر فقط، بصرف النظر عن الخطأ، وان هذا النوع من المسؤولية يقوم في مواجهة الشخص الذي أتى فعلاً نتج عنه ضرر للغير، ولو كان الفعل غير خاطئ، وأطلق على هذا النوع من المسؤولية اسم المسؤولية "الموضوعية" وتقوم على أساس تحمل مخاطر المهنة.

ومع ذلك فإن قيام المسؤولية المدنية يستلزم إثبات الخطأ وان هذا الخطأ نتج عنه ضرر للغير وكان هذا الضرر ناتجاً عن ذلك الخطأ مما يقال معه أن رابطة السببية متوفرة فيما بين الخطأ والضرر.

أما الخطأ كركن في المسؤولية التقصيرية فيتمثل في مخالفة القوانين والأنظمة والإهمال وعدم الاحتراز والتعدي والتقصير، غير انه كركن في المسؤولية العقدية فيتمثل في الإخلال بشروط العقد[1].

ولجهة قيام المسؤولية التقصيرية فيقوم ركن الخطأ فيها على المنافسة التي تتخذ صورة تخفيض أسعار البيع، وتحريض العمال وتقليد طرق الإعلان ووضع بيانات مناقضة للواقع والتعدي على العلامة التجارية والاسم التجاري والسمعة التجارية ونشر بيانات كاذبة باعتبار هذه الصورة هي ركن الخطأ.

وإذا نتج عن ذلك الخطأ ضرر أصاب الغير، بات من الضروري جبر هذا الضرر بتعويض المضرور بمقدار ما لحقه من ضرر ولم يتم التعويض عن الضرر الاحتمالي لأنه لم يقع فعلاً.

=لذلك لا نرى في نص المادة (٢٥٦) من القانون المدني أي عيب كما ذهب البعض، ذلك ان تقرير هذا النص لا يلغي قيام المسؤولية التقصيرية في مواجهة من ارتكب خطأً ينتج عنه ضرر.

(١) أنظر المرجع السابق ص٢١٢ ويرى ان نص المادة (٢٥٦) معيب لانه أقام المسؤولية على ركن واحد هو الضرر.

أما أطراف دعوى المنافسة غير المشروعة فهم من تنعقد هذه الخصومة بمواجهتهم وهم المدعي كصاحب المصلحة، لأنه لا يجوز ان يلجأ الى القضاء الا شخص تتوفر له المصلحة في إقامة الدعوى. وهو في هذه الحالة المتضرر، ويرفع الدعوى في مواجهة من ارتكب فعل المنافسة وكذلك في مواجهة المشتركين مع الفاعل الأصلي، ذلك ان دعوى المنافسة غير المشروعة ترفع في مواجهة الشركاء في شركة التضامن كافة حتى وان كان من قام بأعمال المنافسة أحد هؤلاء الشركاء فقط، وترفع الدعوى في مواجهة الشخص المعنوي وفق نظرية مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه كما يسأل عن أفعال المنافسة التي يقوم بها كما لو قامت شركة بمنافسة أخرى على وجه غير مشروع.

هذا ويصح اختصام كل من اشترك في فعل من أفعال المنافسة التي أدت إلى وقوع الضرر، وهم أولئك الذين يقومون بإلصاق الإعلانات او طباعتها اذا كانت تتضمن إساءة للطرف الآخر، وكذلك العمال الذين يتركون العمل للالتحاق بالتاجر المنافس.

وهكذا فإنه إذا تحقق قيام المسؤولية في مواجهة المدعى عليه في دعوى المنافسة غير المشروعة قضت المحكمة بتعويض نقدي تلزمه بدفعه للمدعي والتعويض هو المبلغ النقدي الذي تقرر المحكمة انه يساوي الضرر الذي لحق المدعي، وهذا الضرر هو الواقع فعلاً، على انه إذا كان هناك ضرر احتمالي من المتوقع وقوعه مستقبلاً فمن حق المدعي ان يتقدم بدعوى جديدة عند تحقق وقوع هذا الضرر.

الفصل الثالث
العقــود التجاريــة

جاء الحديث عن العقود التجارية في الكتاب الثاني من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ٦٦، وتضمن الباب الأول الأحكام العامة، كما احتوت الأبواب: الثاني والثالث والرابع، الأحكام القانونية المتعلقة بعقود الرهن والنقل والوكالة التجارية والوكالة بالعمولة والسمسرة والحساب الجاري، ومجمل هذه الأحكام وردت في المواد من ٥١ ـ ١٢٢.

وعلى الرغم من التسمية التي وردت في القانون التجاري بأن هذه العقود تجارية كما هو واضح من عنوان الكتاب الثاني في قانون التجارة فإن هذه التسمية ليست خاصة بالتجار والأعمال التجارية فحسب، بل يجوز إبرامها واستعمالها في المعاملات المدنية، ويجوز أيضاً أن ينظم القانون المدني بعض العقود الخاصة بالتجار كتنظيمه عقد الإيجار وعقد القرض وعقد المقاولة وعقد التأمين وعقد البيع وعقد الشركة.

وعليه يمكن القول بعدم وجود عقود مدنية بحته وعقود تجارية بحته، لان جميع العقود ذات طبيعة واحدة أساسها رضاء الطرفين والخضوع للنظرية العامة للالتزامات كما وردت في القانون المدني، بالإضافة إلى انه ليس للعقد الواحد نظامان أحدهما مدني والآخر تجاري، لان نظاماً واحداً يسري على المعاملات المدنية والتجارية كما يسري على الأشخاص كافة تجاراً وغير تجار، وما يظهر من فرق هو انه إذا كان موضوع العقد معاملة تجارية فتشملها أحكام قانون التجارة المتعلقة بآثار الأعمال التجارية كالاختصاص والإثبات وسعر الفائدة والتضامن والتقادم.. الخ[1].

ولعل الفقه اجمع على أن استعمال لفظ العقود التجارية تعوزه الدقة والتحديد لعدم وجود عقود تجارية بالمعنى المستفاد من هذا اللفظ، بسبب أن هناك عقوداً نظم

---

(١) انظر د. علي العريف. شرح القانون التجاري. ط٢ ص١٨٥، د. سميحة القليوبي. شرح العقود التجارية. ص٨٧. ص٩ وتقول "يتبين إذن أن العقود تكتسب الصفة التجارية بعد أن تنشأ وفقاً للقواعد المدنية العامة فهي ليست تجارية بطبيعتها وإنما تكتسب هذه الصفة نتيجة نص المشرع عليها".

أحكامها القانون المدني وتعد تجارية بسبب انطباق القواعد العامة في قانون التجارة عليها[1].

وهكذا فإن العقود كافة يمكن أن يبرمها التجار وغير التجار، ويمكن أن يكون أحد أطرافها تاجراً والآخر غير تاجر، وهي في كل الأحوال تعد تجارية إذا تم إبرامها لغايات تنفيذ الأعمال التجارية باعتبار أن الالتزامات الناتجة عنها تعد تجارية بطبيعتها.

كما أن بعض العقود تجارية بالتبعية إذا كانت أبرمت لغايات تجارة التجار، مع مراعاة أن هذه العقود تخضع لأحكام قانون التجارة والقواعد العامة الواردة بالقانون المدني بما لا يتعارض مع أحكام قانون التجارة التي تعد ضمانة للعمل التجاري، باعتباره يتصف بالسرعة والائتمان وتكفله تلك القواعد في الإثبات ومنع منح المهل القضائية والتقادم القصير والفوائد القانونية والتضامن والإفلاس.

وفي حديثنا عن القواعد العامة للعقود التجارية نجد من المفيد أن نكمل هذا الحديث بتعريف العقود التجارية وبيان المعيار الذي يتخذ على أساسه ان العقد تجاري أم مدني، مع بيان خصائص العقد التجاري.

أولاً: تعريف العقود التجارية

تطبق النظرية العامة للالتزام على كافة العقود دون تمييز بين ما هو تجاري منها وما هو مدني، ذلك لأن أركان العقد واحدة لا تتغير تبعاً لكون العقد تجارياً أم مدنياً، والعقود التي تنظمها الأحكام الواردة في القانون المدني تكون مدنية وتكون تجارية حسب الهدف من إبرامها وصفة أطرافها، بحيث يكون العقد تجارياً إذا كان محله تجارياً بمقتضى نص القانون أو إذا قام به تاجر لأغراض تجارته إعمالاً لقاعدة الأعمال التجارية بالتبعية، وهو ما يعني أن العقود تكتسب الصفة التجارية لكونها متعلقة بتجارة التاجر بعد أن تكون قد نشأت مدنية.

---

(١) انظر د. علي حسن يونس. العقود التجارية. ص٢، د. علي حسن يونس ومحمد سامي مذكور. العقود التجارية. ص٣، د. اكثم الخولي. الوسيط في القانون التجاري. الجزء٤. العقود التجارية. ص٢، د. علي البارودي. العقود التجارية وعمليات البنوك. ص٥، د.مصطفى كمال طه. القانون التجاري. ص٢٠٧، د. سميحة القليوبي. العقود التجارية.ص٥. د. مراد فهيم. القانون التجاري.ص٩.

ومع أن معظم العقود تأتي مدنية ويمكن أن تكتسي بالصبغة التجارية، إلا إن هناك عقوداً لا تكون تجارية، لان مقتضيات العمل التجاري أوجدتها على نحو لا تتم إلا بين التجار ومنها، عقود الوكالات التجارية بكل صورها وعقود النقل والسمسرة والاعتماد المستندي والحساب الجاري، ودرج بعض الفقه على تسمية مثل هذه العقود بالعقود التجارية الأصلية[1]، كما عرف البعض العقد التجاري بأنه كل عقد يبرم بمناسبة استغلال مشروع تجاري[2].

ثانياً: معيار تمييز العقود التجارية

تكتسب العقود التجارية الصفة التجارية وفق معيار موضوعي يقوم على أساس موضوع العقد ذاته بحيث يكون العقد تجارياً إذا كان موضوعه القيام بعمل تجاري على النحو الوارد في نص المادة ٦ من قانون التجارة، والذي يتضمن ان هناك أعمالاً تجارية بطبيعتها بمعنى أنها لا تكون إلا تجارية، وحدد المشرع منها شراء المنقولات لأجل بيعها واستئجارها بقصد تأجيرها.

وكذلك تكتسب العقود الصفة التجارية وفق ذات المعيار الموضوعي بحيث تكون تجارية إذا كان التاجر قد أبرمها لغايات تجارية، وهذا ما قررته المادة ٨ من قانون التجارة عندما نصت على أن: "جميع الأعمال التي يقوم بها التاجر لغايات تجارته تجارية أيضاً في نظر القانون..."

ثالثاً: خصائص العقود التجارية

لما كان العمل التجاري يمتاز بالسرعة والثقة في التعامل، فإنه من الطبيعي أن تكون هناك قواعد تنظم لهذا العمل أسسه مباشرة بمجرد اكتساب العقد الصفة التجارية، وقد أورد المشرع في قانون التجارة تنظيماً للعقود التجارية المسماة، بما لا يعني أن هذه العقود فقط هي مجال ممارسة التاجر أعماله التجارية، لأن العقود التجارية التي تمارس في الواقع العملي لا حصر لها ويمارسها التاجر بصورة أصلية أو

---

(١) انظر د. يعقوب صرخوه. العقود التجارية. ص١١، ط١.

(٢) انظر د. محمود سمير الشرقاوي. القانون التجاري. ط٨٤.ص٧.

لغايات تجارية وقد يكون التاجر طرفاً فيها مع غير تاجر كتلك التي أطلق عليها الأعمال التجارية المختلطة.

أما الخصائص التي تظهر بمناسبة اكتساب الصفة التجارية للعقود فتتجلى في حرية أطرافها عند إبرامها وأنها لا ترد إلا معاوضة، وتمتاز بسهولة الإثبات بالإضافة إلى أسلوب خاص في التنفيذ مثل مكنة الاستبدال[1]. وعدم منح مهل الوفاء والفائدة القانونية وافتراض تضامن المدينين والتقادم وسهولة التنفيذ على الشيء المرهون.

وهكذا سيكون حديثنا عن العقود التجارية متجهاً نحو عقد الرهن وعقد الوكالة التجارية والوكالة بالعمولة وعقد السمسرة[2].

---

(١) انظر د. محمود سمير الشرقاوي. الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع. ص٥٤.

(٢) للتاجر أن يشتري على حساب البائع من السوق إذا أخل بالتزامه في التسليم، انظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص٥٠، د. يعقوب صرخوة. المرجع السابق ص١٣.

المبحث الأول
عقد الرهن

نظم المشرع الرهن التجاري بموجب المواد من ٦٠ ـ٦٧ كما وردت في قانون التجارة، ونظمت المواد ١٣٢٢ ـ ١٤٢٣ من القانون المدني الأحكام العامة في عقد الرهن لجهة شروطه وآثاره وخصائصه وانقضائه، والرهن كعقد من عقود التأمينات العينية يمثل إعطاء الدائن الحق في استيفاء دينه مقدماً على سائر الدائنين ومن يليه في المرتبة فضلاً عن حقه في تتبع المال المرهون إذا خرج من الضمان العام المخصص للوفاء بدينه.

وعندما شاع رهن الأموال (المنقول والعقار) باعتبارها كفالة اطمأن الدائن الذي يستطيع إذا ما أخل المدين بالتزامه بالوفاء أن يبيع هذه الأموال ويتقاضى حقه من ثمنها دون مزاحمة غيره من الدائنين.

وعقد الرهن إذا كان محله عقاراً أو منقولاً تحكمه قواعد واحدة سواء أكان هذا الرهن بسبب الأعمال المدنية أو التجارية، وفيما يتعلق بالرهن الذي يقع على العقار فإنه يتم بموجب عقد رسمي مسجل لدى دائرة تسجيل الأراضي ويباع العقار جبراً عن المدين في حالة عدم الوفاء.

وبخصوص رهن المنقول فإن العقد لا ينعقد إلا بالقبض على أساس من نزع المال المرهون من تحت يد مالكه حتى لا يظهر المدين في مواجهة الغير كأنه ما زال يملك المال المرهون وأن هذا المال ما يزال جزءاً من ثروته ينال بواسطته ثقة جديدة للاستدانة، وهو ما نصت عليه المادة ٦٢ من قانون التجارة.

ونناقش عقد الرهن التجاري كما نظم أحكامه المشرع في قانون التجارة بالمواد ٦٠ ـ٦٧ بالبند الأول على أساس أن هذه الأحكام تطبق على رهن المنقول وهو الرهن الحيازي، ونتحدث في البند الثاني عن إثبات الرهن وحجيته في مواجهة الغير، في حين نخصص الحديث في البند الثالث لآثار عقد الرهن وفي البند الرابع نتحدث عن رهن المحل التجاري.

البند الأول: الرهن الحيازي

يتكون عقد الرهن عندما يتعهد المدين أن يقدم ضماناً شيئاً منقولاً يسلم إلى الدائن أو إلى شخص متفق عليه بحيث يكون للدائن حق حبس الشيء المرهون ويباع لأجل سداد الدين[1].

وعقد الرهن تبعي على أساس أنه يتبع أصل العقد الذي أنشئ بمناسبته، ومن أركانه أن تتوافر في الراهن أهلية التصرف لاحتمال أن يباع المال المرهون وفاء للدين، ولا يشترط في الدائن المرتهن مثل هذه الأهلية.

ويعد عقد الرهن من العقود الرضائية الذي لا يستوجب شكلاً معيناً ويجوز أن يكون مشافهة على أن يكون تسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن أثراً من آثار العقد باعتباره لا ينعقد إلا بالقبض، وهو ما رددته المادة ١٣٧٢ من القانون المدني عندما أعطى المشرع الحق للدائن أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين.

لذلك يتكون عقد الرهن بمجرد اتفاق الطرفين غير أن أثره فيما يتعلق بالدائن المرتهن لجهة تقدمه وتتبعه الشيء المرهون لا يتحقق إلا إذا كان هذا الشيء قد سلم إليه أو إلى يد عدل، إذ ليس للدائن المرتهن حق الامتياز على الشيء المرهون إلا إذا سلم ذلك الشيء إليه أو إلى شخص آخر عينه المتعاقدان وبقي في حيازة من استلمه.

أولاً: تكوين عقد الرهن واكتسابه الصفة التجارية

يبرم عقد الرهن بالتقاء تصرفين صادرين عن إرادتين اتجهت كل منهما إلى إحداث أثر قانوني معين، وبانعقاد هذا العقد تنشأ آثاره وهي التزامات أطرافه، بما يعني تعهد المدين ضماناً لوفاء الدين بتسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى شخص متفق عليه، على نحو يرتب العقد أثره بتخلف المدين عن الوفاء، فيباع الشيء جبراً لأجل سداد الدين ودون مزاحمة من الدائنين الآخرين، ويعد عقد الرهن تبعياً على أساس ان الالتزام الناشئ عنه يتبع الالتزام الذي كان سببه وهو الدين، ويترتب على ذلك سقوط الرهن بوفاء الدين.

---

(١) انظر د. علي العريف المرجع السابق ص ٢٤٥.

ولهذه الخصيصة فإن تبعية عقد الرهن والالتزامات الناتجة عنه لالتزام سابق عليه، تؤدي إلى اكتساب عقد الرهن صفة الالتزام الذي كان أساساً له، بما يعني انه إذا كان التزام المدين تجارياً فإن عقد الرهن يكتسب الصفة التجارية وإذا كان الالتزام مدنياً فإن عقد الرهن يكتسب الصفة المدنية.

لذلك فإن معيار تحديد نوع الرهن يعود إلى تحديد طبيعة الدين الذي ابرم عقد الرهن من أجله، وهو ما يؤدي إلى القول انه لا أهمية لصفة أطراف عقد الرهن، لان من الجائز أن يكون عقد الرهن تجارياً رغم أن احد المتعاقدين أو كلاهما غير تاجر، والعكس صحيح عندما يكون العقد مدنياً بالرغم من أن احد المتعاقدين أو كليهما تاجر[1]. ويكون عقد الرهن تجارياً إذا ابرمه تاجر وكان متعلقاً بتجارته وفق نظرية الأعمال التجارية التبعية وتعد عقود الرهن التي يبرمها البنك تجارية لان أعمال المصارف بمقتضى المادة ٦ من قانون التجارة تعد تجارية بحكم ماهيتها.

ويتعين في عقد الرهن أن تنتقل حيازة المال المرهون من يد المدين إلى يد الدائن أو يد عدل على أساس أن عقد الرهن لا ينتج أثراً إذا بقي المرهون في حيازة المدين بحيث يظهر باعتبار الغير كأنه لا يزال جزءاً من ثروته الحرة ينال بواسطته ثقة جديدة للاستدانة[2].

ثانياً: رهن المنقول المادي والمعنوي

تحدثنا في مقدمة البحث عن الرهن لجهة تكوين العقد وصفته التجارية والمدنية لان المنقول يكون مادياً كالأشياء الملموسة ومنها البضائع ويكون معنوياً كالعلامات التجارية وبراءات الاختراع والعنوان التجاري والاسم والشعار وغيرها.

لذلك فإن إبرام العقد في المنقولات المادية يكون بتسليم هذه المنقولات إلى الدائن أو إلى من يتم الاتفاق عليه، بحيث يعتبر من تكون الأشياء المادية كالبضائع تحت يده حائزاً لها كونها تحت تصرفه في مخازنه، أو حالة استلامه سندات إيداعها في المخازن العامة أو سندات شحنها، وبالنتيجة أن تكون الأشياء تحت تصرف الدائن بطريقة

---

(١) انظر د. سميحة القليوبي. شرح العقود التجارية ط٨٧.ص٢٥٧ وتقول :" وتطبيقاً لذلك يعتبر عقد الرهن تجارياً اذا ما أجراه غير التاجر طالما كان الفرض من القرض تجارياً لتخصيصه لدفع حصة في شركة التضامن.

(٢) انظر نص المادة (٦٢) من قانون التجارة.

عملية ظاهرة، وهو ما نصت عليه المادة ٦٢ فقرة ٢ من قانون التجارة بأن التسليم في عقد الرهن يتم بتسليم مفاتيح المحل المشتمل على البضائع والأشياء المرهونة فعلاً بشرط أن يكون هذا المحل غير حامل للوحة باسم المدين او أن يسلم سنداً مقابل تلك الأشياء.

ويدل ذلك على أن الرهن ينفذ في حق الغير ويكون للدائن المرتهن أن يحجب غيره من الدائنين إذا حصل تسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن، وحكمة ذلك تحقيق وظيفة الحيازة في الرهن من حيث هي وسيلة شهر تنبه الغير إلى وجود رهن على الشيء بما يخرجه من أموال المدين التي يملك التصرف فيها، لأن هناك حقاً للغير يتعلق بها وهذا الحق مانع بمعنى أنه يقف حائلاً أمام الآخرين يمنعهم من التنفيذ على الشيء المرهون قبل أن يتقاضى الدائن المرتهن حقه.

كما ينعقد العقد في المنقول المعنوي كالأشياء التي تكون ثابتة بمستندات كالأسهم والسندات والأوراق التجارية وبراءات الاختراع، وتكون الأسهم أذنية وتكون لحاملها، والحقوق بشكل عام تكون ثابتة بموجب احد أنواع السندات المشار إليها وقد تكون غير ثابتة كالديون التي لا تنتقل بتنازل صاحبها عنها للغير بالتظهير أو المناولة.

وفيما يتعلق بالسندات الاسمية فتكون محلاً لعقد الرهن بإجراء معاملة انتقال الحق الثابت فيها عن طريق تسجيلها في سجلات المحل الذي أصدر السند أو على السند نفسه، أما السندات لأمر فتكون محلاً لعقد الرهن عن طريق تظهيرها من صاحب الحق الثابت فيها على نحو تدرج على ظهرها عبارة:" القيمة وضعت تأميناً". أو عبارة أخرى بالمعنى نفسه، وهذا ما نصت عليه المادة ٦١ من قانون التجارة حيث ورد في الفقرة الثالثة منها ما نصه:

"أما السند لأمر فيجري الرهن عليه بتظهير تدرج فيه عبارة:" القيمة وضعت تأميناً"، أو عبارة أخرى بالمعنى نفسه، كما نصت المادة ١٤٩ من قانون التجارة على انه:" إذا أشتمل التظهير على عبارة - القيمة ضمان - أو - القيمة رهن - أو أي بيان آخر يفيد التأمين جاز لحامل سند السحب مباشرة جميع الحقوق المترتبة عليه".

أما بخصوص الحقوق المترتبة لشخص معين فإنه يجري رهنها بموجب سند مكتوب له تاريخ ثابت بحيث يعلن للمدين الذي أقيم الرهن على الدين المترتب بذمته.

البند الثاني: إثبات عقد الرهن وحجيته في مواجهة الغير

أولاً: إثبات عقد الرهن

يعد من الضمانات التي قررها المشرع للأعمال التجارية حرية إثبات العقود التجارية، ونصت المادة ٥١ من قانون التجارة على انه:" لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئياً للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة[١]".

وهكذا فإن إثبات عقد الرهن التجاري يكون بكافة الطرق المقبولة في الإثبات سواء فيما بين المتعاقدين آو في مواجهة الغير، ويكون الإثبات بكل الوسائل سواء كان محل العقد شيئاً مادياً كالبضائع أو غير مادي كبراءة الاختراع.

واستثنى المشرع من إطلاق مبدأ حرية الإثبات في عقد الرهن التجاري ما يخص السند الاسمي والسند لأمر والديون العادية، وقرر بشأن السند الاسمي أن يتم الرهن بمعاملة انتقال على سبيل التأمين، بحيث تسجل المعاملة في سجلات المحل الذي أصدر السند، ويدون ذلك على السند نفسه[٢] كما قرر بخصوص السند لأمر أن الرهن يجري عليه عن طريق تظهيره ويكون ذلك بتدوين عبارة "القيمة وضعت تأميناً"[٣].

وبخصوص الديون العادية فإن رهنها يتم عن طريق تحرير سند مكتوب ثابت التاريخ ويجب أن يعلن للمدين الذي أقيم الرهن على دينه[٤].

---

(١) تضمن قانون التجارة البحرية نصاً يوجب كتابة الرهن البحري، المادة (٦٤) وتضمن قانون السير ضرورة توثيق عقد رهن المركبات لدى دائرة الترخيص على نحو يعتبر هذا العقد من العقود الشكلية بحيث يرد التوثيق كركن في انعقاد العقد وليس شرطاً للاثبات ولا وسيلة له.

(٢) انظر نص المادة (٦١) فقرة ٢ من قانون التجارة.

(٣) انظر نص المادة (٦١) فقرة ٣ من قانون التجارة.

(٤) انظر نص المادة (٦١) فقرة ٤ من قانون التجارة.

وهكذا فإن إثبات عقد الرهن إذا كان محله السند الاسمي أو السند لأمر أو الديون العادية فيجب أن يكون بالكتابة على النحو الوارد في الفقرات ٢، ٣، ٤ من المادة ٦١ من قانون التجارة.

ثانياً: حجية عقد الرهن في مواجهة الغير

يتقدم الدائن المرتهن سائر الدائنين الآخرين في استيفاء دينه من الشيء المرهون ويحتج الدائن بصورة رئيسة على المدين عندما يكون الشيء المرهون تحت يده بمعنى أن حيازة الشيء المرهون انتقلت من تحت يد المدين إلى الدائن، وهذا ما نصت عليه المادة ٦٢ فقرة ١ بصراحة بأنه:" لا ينتج عقد الرهن أثراً بصفته رهناً إذا بقي المرهون في حيازة المدين".

وتختلف حجية عقد الرهن في مواجهة الغير باختلاف الشيء محل العقد، ذلك أنه في المنقولات المادية يتقدم الدائن سائر الدائنين باعتباره صاحب حق امتياز ويتقرر له ذلك بقبض المال المرهون بحيازته، ويكون الاحتجاج في مواجهة الغير في السندات الاسمية إذا تم رهن السند بمعاملة انتقال وفق نص المادة ٦١ فقرة ١ من قانون التجارة، أما في السند لأمر فيكون الاحتجاج في مواجهة الغير إذا تم رهن السند بتظهيره، ويكون في الديون العادية إذا تم رهنها بسند ثابت التاريخ وتم إعلانه للمدين الذي أقيم على دينه.

البند الثالث: آثار عقد الرهن

يرتب العقد حقوقاً والتزامات على عاتق طرفيه وتكون حقوق والتزامات الدائن المرتهن في مواجهة التزامات وحقوق المدين الراهن، وآثار العقد تمثل النتائج التي يجب أن ينقضي على أساسها العقد وهي في مجملها تقوم على ما يلي:

١- تسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن وتسليم المدين إيصالاً يبين فيه ماهية الشيء المرهون ونوعه ومقداره ووزنه.

٢- اتخاذ الدائن التدابير اللازمة للمحافظة على الشيء محل عقد الرهن وصيانته، وعليه بذل عناية الشخص المعتاد، ويكون مسؤولاً عن هلاكه أو تلفه بحالة تعديه أو تقصيره، ويتحقق التقصير إذا كان

المرهون أوراقاً تجارية أو أسنادا تستحق بتاريخ معين ولم يبادر الدائن المرتهن إلى اتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لاستيفاء قيمتها أو المطالبة بهذه القيمة.

٣- إدارة الدائن المرتهن الشيء على النحو الذي أعد له.

٤- حساب الدائن المرتهن المدين باستعمال جميع الحقوق اللازمة للأشياء أو الأسناد والمسلمة إليه على سبيل الرهن.

٥- مراجعة الدائن المرتهن القضاء عند عدم الدفع بالاستحقاق لاستيفاء حقه من ثمن الشيء المرهون بطريقة الامتياز بعد بيعه.

ويكون التنفيذ على المرهون باتخاذ إجراءات تختلف حسب ما إذا كان الرهن تجارياً أو مدنيا، ذلك أن إجراءات التنفيذ إذا كان الرهن تجارياً بسيطة ويسيرة، وإذا امتنع المدين عن الوفاء بالدين في ميعاد استحقاقه يبادر الدائن إلى رفع الأمر إلى القضاء بموجب دعوى للحصول على حكم نهائي بدينه، وبعد ذلك يقوم بمراجعة دائرة التنفيذ "الإجراء" لتقوم ببيع الشيء المرهون ودفع حقوق الدائن من ثمن المبيع والاحتفاظ بما يزيد عن تلك الحقوق لحساب المدين[1].

البند الرابع: رهن المحل التجاري

إذا قبل الدائن أن يرتهن مالاً منقولاً ضماناً لوفاء دين المدين، فلا بد أن ينتقل المال المنقول إلى الدائن ليصبح تحت حيازته وهو ما قضت به القواعد العامة في رهن المنقول، وعرفت المادة ١٣٧٢ من القانون المدني الرهن بأنة "احتباس مال في يد الدائن أو يد عدل ضماناً لحق يمكن استيفاؤه منه كله أو بعضه بالتقدم على سائر الدائنين".

---

(١) تميز القانون الأردني بحكم ورد في المادة ٦٧ قرر بموجبه ان على الدائن مراجعة المحكمة وبعد الحصول على حكم يستوفي دينه من ثمن المرهون، واعتبر المشرع أن كل نص يرد في عقد الرهن يجيز للدائن أن يتملك المرهون أو أن يتصرف به بدون الإجراءات السابقة يعد باطلاً. قارن ذلك مع نص المادة (٢٢١) تجاري كويتي، والمادة (١٧٢) تجاري إماراتي، والمادة (٧٩) تجاري مصري، والمادة (١٩٣) تجاري عراقي، والمادة (٧٠) تجاري عماني، وورد في مجمل هذه التشريعات المقارنة انه إذا لم يف المدين بدينه بميعاد الاستحقاق كان للدائن المرتهن بعد انقضاء مدة أن يطلب من المحكمة السماح له(الأمر) ببيع الأشياء المرهونة.

وكرست مبدأ انتقال المال المرهون من يد المدين إلى يد الدائن المادة ٦٢ من قانون التجارة عندما أوجب النص أن يتم تسليم المرهون إلى الدائن، أو يبقى في حيازة الغير لحساب الدائن، وأكدت هذا المبدأ المتعلق بالمحل التجاري المادة ذاتها عندما قضى حكمها بضرورة تسلم مفاتيح المحل المشتمل على البضائع والأشياء المرهونة مقفلاً، واشترط حكم النص أن لا يحمل المحل التجاري المرهون لوحة تدل على اسم المدين.

وهكذا فإن موقف المشرع الأردني بات واضحاً بضرورة تسليم المحل التجاري بصفته مالاً منقولاً إلى الدائن ليصبح في حيازته تنفيذاً لعقد الرهن، وهذا الموقف يختلف عن حكم القانون المصري الذي أجاز استثناء رهن المحل التجاري من القواعد العامة التي تقضي بانتقال الحيازة إلى الدائن، ويختلف كذلك عن حكم القانون الفرنسي والقانون اللبناني حيث استثنى المشرع فيهما المحل التجاري من أحكام القواعد العامة القاضية بضرورة انتقال حيازة المال المرهون إلى الدائن المرتهن أو شخص ثالث.

وفكرة انتقال الحيازة للمال المنقول إذا كان مرهوناً على النحو الذي وردت فيه في القانون المدني جاءت حماية للحائز حسن النية وجعلت من يحوز المنقول بسبب صحيح مالكاً له.

ومن هذه الفكرة وغايتها ثم تقنين حكم انتقال المال المرهون ليصبح تحت يد المرتهن حتى لا يتصرف الراهن به ويتمسك من انتقلت إليه حيازة المال المنقول بتملكه له على أساس من الحيازة باعتباره حسن النية[1].

ورغم ضرورة تأكيد مبدأ انتقال المال المرهون إلى حيازة المرتهن إلا أن هذه القاعدة لا بد أن تخضع إلى إرهاصات تطور الحياة التجارية ومستلزمات التطور، لكي يطمئن الدائن إلى أنه يستوفي دينه من المال المنقول إذا ارتهنه دون أن تنتقل إليه حيازته بما يبقى هذا المال في يد مالكه يستغله كيفما يشاء، ونجد أن أهداف الدائن لا تتحقق في المال المرهون إلا إذا حازه، وفي الوقت ذاته نجد أن من هذا المال ما لا تتنافى طبيعته مع نقل الحيازة من يد مالكه إلى يد الدائن.

---

(١) انظر في ذلك د. علي البارودي. المرجع السابق ص٢٠٢ وما بعدها.

وعلى سبيل المثال فإن المحل التجاري إذا وقع عليه عقد الرهن وانتقل ليصبح تحت حيازة الدائن فإن استثمار هذا المحل واستغلاله سينخفض إلى أدنى مستوى بخلاف ما لو بقي تحت يد مالكه الذي سيستثمره ويستغله بما يحقق له ربحاً يفي بكامل الدين للدائن.

أما بعض أصناف من المال المنقول فلا يتضرر المدين من نقل حيازتها إلى الدائن وخاصة تلك الأموال غير المعدة للانتقال، وإن هي انتقلت حيازتها إلى يد الدائن فإنها تضمن له وفاء دينه، ولا يضار المدين من انتقال حيازتها، وكذلك الأمر بشأن البضائع والأموال المنقولة بشكل عام[1].

أما ما يتعلق بالمحل التجاري والمكون من مجموعة من العناصر المادية والمعنوية فلأن الضرر الذي يلحق مالك المحل من جراء نقل حيازته يفوق كثيراً ما يمكن أن يحقق للدائن من أهداف سيما إذا أخذنا بعين الاعتبار أن الدائن لا يمكنه التصرف بالمحل التجاري إذا وضع رهناً، لأنه يخضع للتسجيل في الدوائر الرسمية وهو ما يكفل حماية الدائن دون حاجة إلى نقل حيازته. ونتحدث عن رهن المحل التجاري في الفقرات التالية:

أولاً: أطراف عقد رهن المحل التجاري

يعد عقد الرهن من العقود الشكلية ويمثل علاقة تعاقدية بين طرفين يبدي الأول ايجاباً من جانبه رغبة بأن يرتهن المحل التجاري ضماناً لوفاء دين له بذمة صاحب المحل التجاري أو بذمة شخص آخر كفله صاحب المحل التجاري. ويوافق الثاني على إيجاب الأول بقبوله وضع المحل التجاري[2] ضماناً لدينه وبذلك يكون المرتهن والراهن تصرف كل منهما على وجه التقت أرادتهما لإحداث أثر قانوني مفاده أن محل الرهن ضامن للدين.

وعليه لا يشترط أن يكون صاحب المحل التجاري المضمون هو المدين، إذ يجب فقط أن يكون قد اتجهت إرادته إلى إنشاء الرهن بصفته يملك المحل التجاري ولديه

(١) المرجع السابق ص٢٠٤.

(٢) انظر د. محمد اسماعيل. المرجع السابق. ص٢٤٥.

أهلية الأداء لكي يتصرف في ملكه لا في ملك الغير بالإضافة الى تمتعه بهذه الأهلية التي تفرض عليه تحمل الالتزامات الناجمة عن عقد الرهن.

وفيما يتعلق بالأهلية التصرف والملكية فلا ينعقد العقد من ناقص الأهلية عندما يشوب إرادته عيب أو يعترض هذه الأهلية عارض.

كما لا ينعقد العقد إذ ابرمه مالك المتجر بعد بيعه ولا المشتري قبل تسجيله باسمه، كما يعتبر العقد باطلاً إذا ابرم مخالفاً لقواعد القانون الآمرة مثل تلك المنظمة لأحكام الإفلاس التي تعتبر تصرفات المدين التاجر باطلة إذا أتاها في فترة توقفه عن دفع ديونه التجارية، أو إذا قام بها بعد تاريخ توقفه عن الدفع أو إذا كان هذا التصرف بعد الحكم بإعلان الإفلاس.

ونصت المادة ٣٢٧ من قانون التجارة على أنه: "لا يجوز للمفلس أن يبيع شيئاً من ماله أو أن يفي أو يقبض إلا إذا كان الوفاء عن حسن نية لسند تجاري، كما نصت المادة ٣٣٣ على أن تصرفات المدين المفلس بعد تاريخ توقفه عن الدفع كما عينته المحكمة أو خلال العشرين يوماً السابقة لهذا التاريخ باطلة حتماً فيما يتعلق بكتلة الدائنين، وورد في الفقرة د من هذه المادة أن من تصرفات المدين المفلس الباطلة " أن إنشاء تأمين عقاري أو رهن عقاري على أموال المدين أو إنشاء رهن على منقول من تلك الأموال كل ذلك تأمين لدين سابق".

ونصت المادة ٣٣٦ على أن قيد الرهن أو التأمين بعد تسجيل الحكم بشهر الإفلاس باطل تجاه كتلة الدائنين.

لذلك فإن القواعد القانونية المنظمة لأحكام رهن المحل التجاري توجب أن يكون للراهن سلطة في إبرام عقد الرهن بحيث يكون مالكاً للمحل أو وكيلاً.

وفيما يختص بالدائن المرتهن نجد أن عقد الرهن ابرم نتيجة علاقة قانونية سابقة عليه، وترتب على أساسها انشغال ذمة صاحب المحل التجاري أو شخص آخر كفله صاحب المحل التجاري بمبلغ من النقود لصالح شخص آخر عندما سعى الأخير لضمان حقه بموافقة الأول على إبرام عقد الرهن، وهكذا نجد أن هناك أساساً سبق عقد الرهن، وهو وجود دين بذمة شخص لصالح آخر، والأخير هو الدائن المرتهن سواء أكان الدين تجارياً أو مدنياً، وعليه يفترض أن يكون المرتهن دائناً.

ثانياً: محل عقد رهن المحل التجاري

تمثل عناصر المحل التجاري محلاً لعقد الرهن إذ هي التي يقع عليها عقد الرهن، وعليه يكون محلاً لعقد الرهن المنقول المادي كما يكون محلاً لهذا العقد المنقول المعنوي.

١- رهن العناصر المادية:

العناصر المادية في المحل التجاري من مكوناته ويجوز أن يقع الرهن عليها ضماناً لوفاء دين مؤجر المحل أو ضماناً لوفاء دين مدين آخر إذا قدم صاحب المحل التجاري هذه العناصر، لتكون محلاً لعنصر الرهن بصفته كفيلاً أو متبرعاً، وإعمالاً لحكم القانون وبمقتضى القواعد العامة فإن هذه العناصر تنتقل إلى حيازة المرتهن لتصبح يده عليها كافية لانعقاد العقد، الذي يثبت بكافة طرق الإثبات، ويسري هذا العقد في مواجهة الغير بانتقال حيازة محله من الراهن إلى المرتهن أو إلى شخص ثالث، وبعكس ذلك لا يحتج في مواجهة هذا الغير بالرهن إذا لم تكن الحيازة قد انتقلت، والهدف من نقل حيازة المال المادي المرهون هو إعلان حقيقة انشغال ذمة المدين حتى يكون هذا الإعلان واضح الدلالة وبمناسبته يستطيع الغير أن يعلم بالرهن ويزول من تصوره أن أموال المدين لا زالت تشكل جزء من ذمته المالية التي يجوز أن تكون محلاً للمطالبة[1].

على أنه إذا وقع الرهن على العناصر المادية فقط فإن ذلك لا يعتبر رهناً للمحل التجاري لأن للمحل التجاري عناصر أخرى تشكل أساساً له، والرهن الواقع بهذه الصورة صحيح بالاستناد إلى الأحكام المنظمة للرهن التجاري كما وردت في المواد ٦٠- ٦٧ من قانون التجارة[2].

٢- رهن العناصر المعنوية:

لم يتضمن قانون التجارة أحكاماً تدل على محل عقد رهن المحل التجاري كما فعلت القوانين المقارنة[3] ومع ذلك نرى أن العناصر المعنوية هي الأساسية في عقد رهن المحل التجاري، وأن تخلف أحد هذه العناصر يفقد العقد صفته، ومع ذلك فإن تخلف

---

(١) انظر د. علي البارودي. القانون التجاري والعقود وعمليات البنوك.

(٢) انظر د. محمد إسماعيل. المرجع السابق. ص٢٥١.

(٣) انظر قانون التجارة اللبناني المادة (٣٢).

بعض العناصر غير الجوهرية لا يؤثر في انعقاد العقد، والعناصر الجوهرية التي لا يجوز استثناء أحدها من عقد الرهن هي الزبائن، العنوان، الرخصة، السمعة التجارية، وهناك بعض العناصر المعنوية الجوهرية التي لا يشملها عقد رهن المحل التجاري إلا إذا ورد بشأنها نص صريح في العقد وهي براءة الاختراع، وحق المعرفة، والامتيازات والرسوم وهذه العناصر هي حقوق الملكية الصناعية، وهي لا ترهن إلا باتفاق الأطراف صراحة حولها، ولأن محل عقد رهن المحل التجاري هو عبارة عن مفردات موجودة عند انعقاد العقد فإن ما يزاد على هذه المفردات بعد انعقاد عقد الرهن لا يدخل ضمن العناصر الجوهرية.

أما كيف يتم انتقال المال المرهون من تحت يد الراهن ليصبح بحيازة المرتهن فإنه فيما يتعلق بالعناصر المادية يتم بالتسليم بصوره المختلفة وهي التسليم المادي والتسليم الحكمي والتسليم الرمزي[1]، ويعني التسليم المادي القبض ويعني التسليم الحكمي أن المال المرهون موجود تحت يد المرتهن قبل انعقاد العقد، حتى إذا ما انعقد العقد يبقى المال تحت يده مع تغير صفة وجوده، إذ من يكون المال تحت يده قبل انعقاد عقد الرهن على سبيل الأمانة أو لأجل الحفظ والإعادة، يتحول وجوده بعد انعقاد عقد الرهن إلى أنه تحت حيازة الدائن بصفته المرتهن، أما الصورة الثالثة للتسليم فهي الرمزي وتتم بإعطاء مفاتيح المخازن المحتوية العناصر المرهونة، أو مفاتيح المحل التجاري المرهون.

أما فيما يتعلق بالعناصر المعنوية المرهونة، فإن انتقالها يتم مع تسليم المحل التجاري المرهون والتسليم يكون فيما يختص بهذه العناصر بتسليم المستندات والرسوم وكل ما يدخل ضمن رأسمال المحل المطلوب وضعه تأميناً للدين المضمون.

ثالثاً: آثار عقد رهن المحل التجاري

آثار العقد هي الالتزامات الناشئة عنه بمعنى أن ما يلتزم الراهن القيام به وما يلتزم به المرتهن تشكل التزامات أطراف العقد، وهذه الالتزامات تعد أثراً للعقد.

---

(١) انظر في صور التسليم، د. محمود سمير الشرقاوي، الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع. بحث غير منشور. جامعة القاهرة. كلية الحقوق.

وآثار العقد في مواجهة الراهن، هي تسليم المحل التجاري للمرتهن أو إلى شخص ثالث بما يمتنع على مالك المحل إجراء أي تصرف على المحل بعد رهنه وعلى الأخص وضع المحل التجاري محلاً لعقد رهن آخر، وفي الوقت ذاته ينتج عن عقد الرهن كأثر له عدم قدرة الراهن على تأجير المحل للغير، لأن التأجير هو تمكين المستأجر من ممارسة عمله بصورة هادئة ولا يتحقق ذلك باعتبار أن أثر العقد هو انتقال الحيازة.

أما آثار العقد في مواجهة المرتهن فتمثل الحقوق التي تترتب له وتحميه ولأجل ذلك فإن الحقوق التي أوضحها المشرع كأثر للعقد هي حق الأول الذي يتقدم بموجبه الدائن المرتهن على سائر الدائنين ويستوفي حقه من المال المرهون قبل أن يتقدم الدائنون الآخرون، وهذا يعني أن الدائن المرتهن يتقدم على غيره من الدائنين ليستوفي المقدار المضمون من دينه على سائر الدائنين والمرتهنين الآخرين اللاحقين في العقد، وللدائن المرتهن امتياز على الغير بأن له حق التتبع، وكذلك على المرتهنين الآخرين الذين ابرم العقد معهم على نحو غير صحيح[1].

---

(١) انظر في محل الرهن وآثار العقد فيما يتعلق بالمدين وبالدائن المرتهن، د. علي جمال الدين عوض. عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط٨٩ ص١٠٩٩ وما بعدها.

المبحث الثاني
عـقـد الـوكـالـة

يستعين التاجر بأشخاص من الغير لتسويق أعماله التجارية سواء منتوجاته أو لترويج ما يقدمه من خدمة، وتسمى هذه الصورة وكالة تجارية لأن المقصود بها أن يقوم شخص مقام تاجر بشأن أعماله التجارية.

والتاجر إذ يقوم بذلك فلأنه لا يستطيع أن يمارس عمله التجاري على الوجه الأكمل بمفرده، فيلجأ إلى الاستعانة بطائفة من الأشخاص كموظفين وعمال ومدراء وخبراء، وهؤلاء يتبعونه بعقود عمل تجعلهم في مركز التابع ولا يكتسبون صفة التاجر لأنهم لا يتمتعون بالاستقلال في ممارسة هذه الأعمال فضلاً عن أنهم لا يتحملون مخاطر إدارة العمل ولا يستفيدون من أرباحه.

أما إذا لجأ التاجر إلى الاستعانة بأشخاص لتسويق بضائعه أو للتوسط فيما بينه وبين غيره من العملاء أو التجار فيرتبط مع هؤلاء بعقود تحدد الطبيعة القانونية للعلاقة، بحيث يكون من هؤلاء الأشخاص من يتبع التاجر في حين لا يكون الآخرون تابعين له، والذين يتبعون التاجر هم الذين يرتبطون معه بعقود ولكن يبقى كل واحد منهم مستقلاً عنه ولا يعد من أتباعه، ومن هؤلاء الوسطاء لا يتبعون التاجر لأنهم يعملون لحسابهم ويكتسبون صفة التاجر باحترافهم لعملهم.

وهناك طائفة من الأشخاص الذين يستعين بهم التاجر بحيث يرتبط معهم بعقود تبين التزامات أطرافها ويتحدد بموجب هذه الالتزامات طبيعة العقد ذاته وهل هو عقد وكالة تجارية أم وكالة بالعمولة.

لذلك يكون حديثنا في هذا المبحث في بندين نخصص الأول لعقد الوكالة التجارية والثاني لعقد الوكالة بالعمولة.

البند الأول: عقد الوكالة التجارية

أولاً: ماهية الوكالة التجارية وإثباتها

عرف الفقه الوكالة التجارية بما يدل على قيام تاجر مقام غيره في إبرام صفقات تجارية، وهذا يعني ضرورة احتراف من يقوم بهذا العمل التجاري على وجه الاستقلال، وورد الحديث عن الوكالة التجارية في المواد ٨٠- ٨٦ من قانون التجارة، ولم يتصد المشرع في هذا القانون إلى تعريف عقد الوكالة لكن النصوص الواردة في القانون المدني يستنتج منها أن هناك فرقاً فيما بين الوكالة التجارية والوكالة العادية، ونلاحظ الفرق في الشروط التي يجب أن تتوافر في الوكالة التجارية من استقراء التعريف الوارد في المادة ٨٨٣ من القانون المدني لعقد الوكالة بأنه:"عقد يقيم الموكل بمقتضاه شخصاً آخر مقام نفسه".

أما شروط الوكالة التجارية فهي:

أ- أن يكون الموكل تاجراً أو شركة تجارية.

ب- أن يكون محل الوكالة متعلقاً بتجارة الموكل ولا يكفي أن تكون الوكالة عن التاجر بخصوص أعماله المدنية الأخرى.

ج- أن يكون الوكيل محترفاً مهنته كوكيل تجاري بمعنى أن يكون أمضى مدة من الوقت في هذا العمل وأن يكون مصدر رزقه.

د- أن يكون نشاط الوكيل مستقلاً عن منطقة نشاط الموكل وفروعه على نحو يعمل بعيداً عن الجهاز الإداري للموكل بالإضافة إلى ضرورة أن يكون للوكيل جهاز خاص يقوم بتصريف شؤون مكتبه[1].

كما اصطلح بعض الفقه على أن الوكالة هي وكالة العقود وأنه " يلتزم بموجبها الشخص بأن يتولى على وجه الاستمرار وفي منطقة نشاط معينة العمل والتفاوض على إبرام الصفقات لمصلحة الموكل مقابل أجر ويجوز أن تشمل مهمته إبرام هذه الصفقات وتنفيذها باسم الموكل ولحسابه".

---

(١) انظر د. علي العريف، المرجع السابق ص ٢٩٤.

هذا ولم يرد تعريف الوكالة التجارية في قانون التجارة، وتضمنت الأحكام الباحثة في هذا الموضوع نصوصاً توضح متى تكون الوكالة تجارية وإيجازاً عن التزامات الطرفين[1].

ثانياً: تكوين عقد الوكالة

يكفي لتكوين عقد الوكالة التجارية تطبيق القواعد العامة في الوكالة العادية كما وردت في القانون المدني، وملخص هذه القواعد أن الوكيل يعمل بصفته وكيلاً ويسمى باسمه الشخصي على نحو يرتبط الموكل مع الغير بموجب العقد الذي يبرمه الوكيل.

ومن جهة ثانية فإن عقد الوكالة يقوم على الاعتبار الشخصي وهو ما يعني عدم جواز الوكالة من الباطن، وهكذا جاء نص المادة ٨٠ فقرة ٢ من قانون التجارة يقرر أنه كلما كان على الوكيل أن يعمل باسم موكله تكون حقوقه والتزاماته خاضعة للأحكام الواردة بهذا الشأن في القانون المدني على أن هذا النص يجري إعماله مطلقاً عند عدم وجود نص خاص يقيده، لذلك فإن النصوص الواردة في قانون التجارة أولى بالتطبيق على أطراف عقد الوكالة التجارية.

ولهذه الجهة تضمن نص المادة ٨١ من قانون التجارة أن الوكيل يستحق أجرة في جميع الأحوال ما لم يكن هناك نص مخالف، وتضمنت المادة ٨٢ من ذات القانون أن الوكالة التجارية لا تجيز الأعمال غير التجارية إلا بنص صريح، وتضمنت باقي النصوص الواردة في قانون التجارة أحكاماً تضمنت الأحكام العامة كما وردت في القانون المدني لجهة التعليمات التي يصدرها الموكل للوكيل ولزوم دفع الفائدة عن الأموال العائدة للموكل[2].

وفيما يتعلق بشمول العقد على صفات الوكالة والعناصر الأساسية لعقد الاستخدام كما يحدث في العقود التي تنشأ بين التاجر وعملائه المختلفين كالمندوب

---

(١) نصت المادة (٨٠) فقرة ١ من قانون التجارة على انه: "تكون الوكالة تجارية عندما تختص بمعاملات تجارية"، وتضمنت الفقرة الثالثة انه: "وعندما يجب على الوكيل أن يعمل باسم موكله تكون حقوقه والتزاماته خاضعة للأحكام الواردة بهذا الشأن في القانون المدني".

(٢) انظر نص المادة (٨٢) من قانون التجارة.

والمندوب الجوال والمعتمد ومدير الفرع ومدير الوكالة، فإن العلاقة فيما بين هؤلاء مع الموكل يحكمها عقد العمل في حين يحكم العلاقة فيما بين هؤلاء مع الغير قواعد الوكالة[1].

ولجهة تجارية عقد الوكالة فإنه يعتبر تجارياً من جانب الموكل ويعتبر كذلك من جانب الوكيل سنداً للمادة ٨٠ من قانون التجارة حيث نصت على أنه "تكون الوكالة تجارية عندما تختص بمعاملات تجارية".

وبموجب هذا النص فإن الوكالة تعتبر عملاً تجارياً فيما يتعلق بطرفي العقد والوكيل التجاري الذي توضع عنده البضاعة يحتفظ بها بهذه الصفة ولا يكون وديعاً، حتى ولو كان إرسالها للوكيل بقصد العرض وليس من أجل البيع طالما كانت بهذه الصفة لغرض يتصل بعمل الوكيل التجاري وبموافقة الموكل[2].

ثالثاً: إثبات عقد الوكالة التجارية

تعد الوكالة تجارية عندما تختص بمعاملات تجارية، وبهذه الصفة تخضع لوسائل الإثبات على النحو الوارد في قانون البينات والذي تضمن: أن المواد التجارية يمكن إثباتها بكافة وسائل الإثبات وهي الكتابة والشهادة والقرائن والمعاينة والخبرة واليمين والإقرار.

وأكد هذا الحكم ما ورد بنص المادة ٥١ من قانون التجارة لجهة أن إثبات العقود التجارية لا يخضع للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية، وأنه يجوز إثباتها بجميع طرق الإثبات إلا ما ورد بشأنه نص بموجب أحكام قانونية خاصة[3] وبهذا نقول أن الكتابة لعقد الوكالة ليست شرطاً من شروط الانعقاد بما يعني أن العقد ينعقد بتوافر أركانه الموضوعية الثلاثة الرضا والمحل والسبب ولا يخضع لأي إجراء شكلي.

---

(١) انظر نص المادة (٨٢) من قانون التجارة.

(٢) انظر د. يعقوب صرخوه. المرجع السابق.ص٣١١.

(٣) انظر نص المادة (٥١) من قانون التجارة مع نص المادة (٢٧٤) من القانون الكويتي التي أوجبت أن يثبت عقد وكالة العقود بالكتابة.

والجدير بالذكر أن الكثير من القوانين لا تشترط الكتابة لانعقاد العقد، ويبقى العقد على أساس ذلك من العقود الرضائية، على أنه إذا جرى كتابة العقد فليس ذلك لأنه لا يقوم إلا بالكتابة، إذ تبقى إحدى وسائل إثباته ولا تعد ركناً فيه.

رابعاً: آثار عقد الوكالة التجارية

ينعقد العقد بتوافر أركانه الثلاثة وينتج عن انعقاده التزامات على عاتق أطرافه وهذه الالتزامات هي الآثار القانونية التي سعى كل طرف إلى تحقيقها بحيث تعد التزامات الوكيل حقوقاً للموكل والتزامات الموكل حقوقاً للوكيل.

وهذه الالتزامات تخضع للقواعد القانونية التي تنظمها وكذلك لاتفاق الطرفين والعرف التجاري ونتحدث عن هذه الآثار التي تخص الوكيل والموكل في بندين على النحو التالي:

١- التزامات الوكيل وحقوقه:

يلتزم الوكيل بتنفيذ تعليمات موكله وفق الشروط الواردة في عقد الوكالة بالإضافة إلى ما كان من هذه الشروط قد نص عليه القانون أو جرى العرف بخصوصه، وهو لذلك ينفذ تلك التعليمات سواء أكان ذلك بشأن الإعلان عن البضائع والسلع وترويجها أو خزنها تمهيداً لعرضها أو بيعها، ويقوم الوكيل بذلك مستقلاً عن الموكل ويتولى إدارة العمل الموكل إليه بالقيام به ويشرف على المستخدمين، ولأجل تنفيذ مهام وكالته فإنه يتحمل المصاريف والنفقات اللازمة لمباشرة هذا العمل، كما أن الوكيل يلتزم بالمحافظة على السلع والمنتجات التي يتسلمها لحساب الموكل بهدف بيعها أو عرضها للبيع ويتحمل الضرر الذي يلحق بها في حالة التعدي والتقصير.

وعليه فإن الوكيل ينفذ الأعمال التي تم التوكيل بها غير أنه إذا كان مضمون الوكالة مطلقاً فإن ذلك لا يعني أن يمارس الوكيل الأعمال غير التجارية ونصت المادة ٨٢ من قانون التجارة على أنه:

"الوكالة التجارية وأن احتوت توكيل مطلق لا تجيز الأعمال غير التجارية إلا بنص صريح".

وكذلك فإن الوكيل الذي تم تحديد الأعمال التي يقوم مقام الموكل بتنفيذها يستطيع أن يقوم بها حتى وأن تلقى تعليمات بخصوص جزء من هذه الأعمال ونصت المادة ٨٣ من قانون التجارة على أنه:

"الوكيل الذي لم يتلق التعليمات إلا في شأن جزء من العمل يعد مطلق اليد في الجزء الباقي"

أما حقوق الوكيل في مواجهة الموكل فهي الأجر لقاء تنفيذه الوكالة، ويتم تحديد هذا الأجر باتفاق الطرفين إلا إذا لم يرد في العقد فإنه يعين بحسب تسعيرة المهنة أو بحسب العرف أو الظرف، وهو ما نصت عليه المادة ٨١ من قانون التجارة بفقرتيها الأولى والثانية.

٢- التزامات الموكل وحقوقه:

تمثل التزامات الوكيل حقوقاً للموكل وبالمقابل فإن حقوق الوكيل تمثل التزامات على الموكل، وأنه إذا كان من حقوق الوكيل أنه يستحق الأجر فإن دفع الأجرة يكون من التزامات الموكل، وأجرة الوكيل في الوكالة هي الأصل بمعنى أن الوكالة مأجورة إلا إذا تم الاتفاق على غير ذلك، وقد تكون الأجرة محددة المقدار وقد تكون بنسبة مئوية من قيمة الصفقة أو من الأرباح، ويستحق الوكيل أجرته عن الصفقات التي يتوسط في عقدها بالإضافة إلى أنه يستحق أجرته عن صفقات سعى لإبرامها مع آخرين غير أنها لم تنفذ لأسباب مردها الموكل ذاته.

بالإضافة إلى التزام الموكل بدفع أجرة الوكيل فإنه يلتزم كذلك بأن يدفع للوكيل النفقات التي يتكبدها وهي تلك التي لا يكون ملزماً بتحملها بمقتضى الاتفاق، كما لو كان الاتفاق يتضمن أن تكون نفقات تخزين البضائع وأجور المعارض على نفقة الموكل، أو تلك التي يدفعها الوكيل لإصلاح وصيانة الأجهزة التي يرسلها الموكل بغرض عرضها أو تسليمها لعملاء اشتروها.

ويلتزم الموكل بالإضافة لما ذكر بإعطاء الوكيل المعلومات اللازمة لتنفيذ الوكالة، وهي المتعلقة بمواصفات السلع والنماذج والرسوم وكافة البيانات التي تلزم الوكيل وتساعده في ترويج البضائع موضوع الوكالة.

خامساً: انقضاء عقد الوكالة

تنقضي العقود بانقضاء التزامات أطرافها، ولأن الالتزام لا يكون قديماً بمعنى أنه يجب أن ينقضي سواء بالوفاء أو الإبراء أو المقاصة أو اتحاد الذميين أو استحالة تنفيذه أو التقادم، لذلك فإن العقود تنقضي بانقضاء هذه الالتزامات، وعقد الوكالة التجارية يرتب على عاتق كل طرف فيه التزامات في مواجهة الطرف الآخر فإذا قام كل واحد منهما بالالتزامات التي تقع على عاتقه انقضى هذا الالتزام بالوفاء ولا يبقى العقد قائماً فيما بينهما، وعليه فإن الوكيل إذ ينفذ عقد الوكالة ويلتزم بتعليمات موكله يكون قد أوفى التزاماته في مواجهة الموكل، ويكون على عاتق الآخر أن يقوم بالتزاماته بحيث يدفع أجرة هذا الوكيل والنفقات والمصاريف المتفق عليها.

وعقد الوكالة يرد محدد المدة وغير محدد المدة وينتهي بانتهاء مدته بما يعني زوال التزامات أطرافه، كما ينتهي العقد بعزل الوكيل، في أي وقت حتى قبل انتهاء مدة العقد كما ينتهي بإرادة الوكيل ذاته عندما يقرر اعتزال الوكالة أو الانسحاب منها.

وعلى ذلك فإن انتهاء عقد الوكالة بإرادة أحد الطرفين يأتي بصور متعددة سواء جاء في وقت مناسب أم غير مناسب وسواء أكان بعذر مقبول أم غير مقبول، فإنه لا يكون للمتضرر من إنهاء عقد الوكالة إلا المطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر، وبمفهوم المخالفة فإن عزل الوكيل او تنحى الوكيل إذا جاء في وقت مناسب أو بعذر مقبول لا تقوم بمناسبته المسؤولية في مواجهة الطرف الذي عزل الوكيل كما لا يكون الوكيل مسؤولاً عن تعويض الموكل عما يلحق به من ضرر فعله إذا تنحى. والوكيل الذي يعتزل الوكالة ويتنحى عنها في وقت مناسب أو بعذر مقبول لا يكون مسؤولاً عن تعويض أية أضرار تلحق بالموكل من جراء فعله[1].

واتجه الكثير من التشريعات إلى حماية الوكيل التجاري من تسلط الموكل عندما يقوم بعزله دون خطأ منه وكذلك عندما لا يجدد معه العقد رغم النجاح الذي حققه في ترويج السلع واستقطاب العملاء، وتضمن قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم ٢٨ الصادر عام ١٩٨١ هذا الحكم[2].

---

(١) انظر د. يعقوب صرخوه. المرجع السابق ص٣٢٧ وما بعدها.

(٢) اعتبر المشرع الكويتي وكالة العقود من عقود المصلحة المشتركة وتضمنت نصوص القانون التجاري الكويتي انه لا يجوز للموكل إنهاء العقد دون خطأ من الوكيل وإلا كان ملزماً بتعويضه عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله، =

وعقد الوكالة التجارية من العقود الممتدة بحيث يستمر أثره لما بعد انتهاء مدة العقد لأن الوكيل روج السلعة وأذاع شهرتها في الأسواق بجهود بذلها، وحتى لا يحرم الوكيل من ثمرة عمله التي يسعى الموكل أحياناً نحو الاستئثار بها أو يتعاقد بشأنها مع وكيل جديد على نحو يثري أحدهما على حساب الآخر، فإن حق الوكيل في المطالبة بالتعويض جاء متفقاً مع القواعد العامة للقانون، ويقوم حق الوكيل في هذه الحالة بتحقيق شرطين:

أولهما: أن لا يكون الوكيل قد وقع في خطأ أو تقصير أثناء تنفيذ الوكالة.

ثانيهما: أن يكون نشاط الوكيل أثناء تنفيذ وكالته قد أدى إلى نجاح ظاهر في ترويج السلعة واستقطاب العملاء.

وهكذا نجد أن القواعد العامة تضمن حقوق الوكيل التجارية وخاصة في حالة عزله من الوكالة في وقت غير مناسب أو بدون عذر مقبول وكذلك عندما لا يكون الوكيل قد ارتكب خطأ أو ثبت أن أثر عقد الوكالة كان رواجاً للسلعة وزيادة في العملاء بسبب جهود الوكيل[1].

البند الثاني: عقد الوكالة بالعمولة

أولاً: التعريف بعقد الوكالة بالعمولة

عندما تتسع أعمال التاجر في متجره والصانع في مصنعه ويتجه نحو أسواق غير الأسواق التقليدية في منطقته، فإنه يسعى لتحقيق هذا الغرض بكل الوسائل، كأن يؤسس فروعاً له في أماكن مختلفة، أو يوكل آخرين في تصريف منتجاته والتعاقد مع الزبائن، وهو بذلك يبرم عقداً مع الوكيل الذي غالباً ما تكون إقامته في الجهة المقصودة لجذب العملاء، ويصرح له أن يتعاقد مع الغير مباشرة باسمه الشخصي، على

=وجعل المشرع هذا الحكم من النظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالفه. ويتفق هذا النص مع القانون الألماني الصادر عام ١٩٥٣ والفرنسي الصادر ١٩٥٨ واللبناني الصادر ١٩٦٧، وانظر نص المادة (١٤) من قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠١.

(١) تضمن القانون التجاري الكويتي حكماً ينص على أنه إذا استبدل الموكل بوكيل العقود وكيلاً جديداً، كان الوكيل الجديد مسؤولاً بالتضامن مع الموكل عن الوفاء بالتعويضات المحكوم بها للوكيل السابق وفقاً للمادتين ٢٨١، ٢٨٢ وذلك إذا ثبت ان عزل الوكيل السابق كان بتواطؤ ما بين الموكل والوكيل الجديد.

نحو يتجاوز بوكالته حدود المفاوضة والوساطة وهو بذلك يختلف عن الوكيل العادي في أن الأخير يبرم العقود باسم موكله في حين يبرم الأول العقود باسمه الشخصي ومثل هذه العقود أطلق عليها الوكالة بالعمولة.

وعرف الفقه الوكالة بالعمولة بأنها: اتفاق بين موكل ووكيله بموجبه يتعهد الوكيل مقابل أجر بالتعاقد مع الغير في عقد من العقود لحساب الموكل وبدون وجود علاقة بين الموكل والغير[1]، ورأى البعض أن الرأي مستقر على تفسير النص بأن الوكيل بالعمولة فرداً كان أو شركة هو الذي يتعامل مع الغير باسمه الشخصي ولحساب موكله[2]، وعرف البعض الآخر الوكالة بالعمولة **بأنها**:

"عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالعمولة ان يقوم باسمه بتصرف قانوني لحساب الموكل في مقابل أجر"[3].

أو أنها: "عقد يلتزم بموجبه الوكيل بأن يقوم باسمه ولحساب موكله بإنجاز عمل من الأعمال التجارية مقابل أجرة بالعمولة"[4].

أو أنها: "عقد مبرم بين شخصين أحدهما هو الموكل أي الأصيل والآخر هو الوكيل يقوم الأخير بمقتضاه بأعمال قانونية باسمه ولحساب موكله سواء أكانت تلك الأعمال بيعاً او شراءاً وغير ذلك من التصرفات[5]".

أما في التشريعات فورد تعريف الوكالة بالعمولة بأن الوكيل بالعمولة:

"هو الذي يعمل باسم نفسه او باسم شركة بأمر الموكل على ذمته في مقابل أجر"[6].

أو أنها: "عقد يلتزم بموجبه الوكيل بأن يقوم باسمه بتصرف قانوني لحساب الموكل في مقابل أجر"[1].

---

(١) انظر د. علي العريف. المرجع السابق ص٢٧١.

(٢) انظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص٤٧.

(٣) انظر د. سميحة القليوبي. العقود التجارية. ص٢٢.

(٤) انظر د. فوزي سامي. المرجع السابق. ص٢٧٩.

(٥) انظر د. محمد إسماعيل. المرجع السابق. ص٢١٦.

(٦) ورد هذا التعريف في المادة (٨١) من المجموعة التجارية المصرية ويطابق تماماً التعريف الوارد في المادة (٩٤) من المجموع التجارية الفرنسية.

أو أنها: "عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل"[2].

وهكذا فإن مجمل التعريفات التي أوردها الفقه والتشريع للوكيل بالعمولة يدل على أن طرفي هذا العقد يقيم احدهما الآخر مقامه في إبرام العقود على نحو يكون الأول موكلاً وفق شروط تضمنها عقد الوكالة بالعمولة بالإضافة إلى الشروط التي نصت عليها الأحكام القانونية.

ثانياً: خصائص عقد الوكالة بالعمولة

نشأت العلاقة فيما بين التجار نتيجة بعد المسافة بين البلاد المنتجة والمستهلكة أو لضعف المواصلات، فاضطر التجار والصناع إلى التعامل مع وكلاء يعينوهم للقيام بتصريف منتجاتهم أو تزويدهم بالمواد الخام لمصانعهم، وهذه العلاقة أطلق عليها الوكالة بالعمولة، ولا يزال لهؤلاء الوكلاء شأن هام ودور ملحوظ في الحياة التجارية رغم تقدم وسائل المواصلات وتوجه الصناع من أفراد وشركات إلى فتح فروع لتجارتهم وصناعتهم في مناطق متفرقة من العالم.

ويمتاز عقد الوكالة بالعمولة بأنه تجاري بما يعني انطباق أحكام قانون التجارة على الوكيل بالعمولة وورد نص المادة ٦ فقرة ٥ من قانون التجارة يؤكد أن العمالة تعد عملاً تجارياً وبهذه الخاصية يمكن إثبات التزامات طرفي العقد وفق الأحكام القانونية التي تضمنها قانون التجارة، ويترتب على الصفة التجارية للعقد آثار هي اكتساب الوكيل بالعمولة صفة التاجر وأعمال مبدأ الاختصاص وتطبيق قواعد الإثبات[3].

وبهذه الخاصية للعقد نواجه علاقتين، الأولى فيما بين الموكل والوكيل ويتحدد شروطها والتزاماتها بمقتضى عقد الوكالة، والثانية فيما بين الوكيل والغير يحدد

---

(١) ورد هذا التعريف في المادة (٢٨٧) من قانون التجارة الكويتي.

(٢) ورد هذا التعريف في المادة (٢١٠) من قانون التجارة العراقي.

(٣) يكتسب الوكيل بالعمولة صفة التاجر إذا احترف هذا العمل على وجه الاعتياد ويجوز للموكل إثبات عقد الوكالة بجميع طرق الإثبات، أما الوكيل في مواجهة الموكل فيلزم بإتباع طرق الإثبات المدنية ما لم يكن العقد تجارياً لهذا الموكل، انظر د. علي العريف. المرجع السابق.ص٢٧٦

شروطها والتزامات أطرافها العقد المبرم فيما بين الوكيل والغير، على أن الوكيل يعود على الموكل بما عاد عليه الغير نتيجة العقد المبرم فيما بينهما، لأن الوكيل يتعاقد لحساب الموكل، ونصت المادة ٨٨ من قانون التجارة أن:

"الوكيل بالعمولة الذي يتعاقد باسمه الشخصي ويكتسب الحقوق الناتجة عن العقد يكون ملزماً مباشرة نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم كما لو كان العمل يختص به شخصياً، ويحق لهؤلاء الأشخاص أن يحتجوا في مواجهته بجميع أسباب الدفع الناتجة عن علاقتهم الشخصية به ولا يحق لهم أن يخاصموا الموكل مباشرة"

وتضمن نص الفقرة ٢ من ذات القانون ما يلي:" أما علاقات الموكل بالوكيل بالعمولة أو بدائنيه فتسري عليها قواعد الوكالة".

ثالثاً: أوجه الشبه والخلاف فيما بين عقد الوكالة بالعمولة وغيره من العقود

إن أهم ما تتميز به الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية أنها عقد تجاري يرد على العروض والسلع التجارية ويعمل بموجبها الوكيل باسمه الخاص وليس باسم الموكل رغم أن هذا العقد يخضع في تكوينه وانقضائه وسائر أحكامه للقواعد العامة كما وردت في القانون المدني والقانون التجاري[١].

وتشبه الوكالة بالعمولة الوكالة التجارية في أنها عقد تجاري وعقد معاوضه، والوكالة بالعمولة عقد يشبه تصرف الوكيل فيها تصرف السمسار في عقد السمسرة رغم أوجه الخلاف الكثيرة التي تميزه عن السمسرة[٢]، ونناقش ما يميز عقد الوكالة بالعمولة عن عقدي الوكالة العادية والتجارية والسمسرة بعد بيان ما يميزه عن عقد العمل وعقد المقاولة وعقد البيع المشروط.

١- عقد الوكالة بالعمولة وعقد العمل:

يلتزم الوكيل بالعمولة بالقيام بتصرف قانوني وليس بعمل مادي والتصرف القانوني يتضمن فيما يتعلق بالوكيل اختصاصات حددتها الوكالة كالشراء والبيع والرهن والإيجار وغيرها، في حين لا يكون العمل المادي المتعلق بالعامل سوى ممارسة

---

(١) انظر د. يعقوب صرخوه. المرجع السابق. ص٢٥٤.

(٢) انظر د. علي العريف. المرجع السابق. ص٢٦٠.

إتيان عمل مادي معين، ويكون العامل بموجب عقد العمل تحت إشراف رب العمل وتوجيهاته وعلاقته هي علاقة المتبوع بالتابع[1].

٢- عقد الوكالة بالعمولة وعقد المقاولة:

إن الفرق فيما بين العلاقتين الوكالة بالعمولة والمقاولة هو ذات الفرق بين عقد الوكالة بالعمولة وعقد العمل لجهة أن التزام الوكيل هو تصرف قانوني في حين يكون التزام المقاول هو عمل مادي.

وكذلك ما يميز الوكالة بالعمولة عن المقاولة أن عقد المقاولة عقد لازم على خلاف الوكالة بالعمولة فإنها عقد غير لازم يمكن للموكل عزل الوكيل أو للوكيل اعتزال الوكالة وينقضي العقد بوفاة الوكيل أو الموكل وينقضي عقد المقاولة بوفاة المقاول إذا كانت شخصية هذا المقاول محل اعتبار.

٣- عقد الوكالة بالعمولة وعقد البيع المشروط:

يزود تاجر الجملة تاجر التجزئة بسلع، يقوم الأخير بتسويقها وبيعها على أن يرد للأول ما لم يتم بيعه، ومثل هذه العقود ما تقوم به المكتبات ووكالات توزيع الصحف والمجلات، وبمثل هذه العقود لا يعتبر البائع وكيلاً بالعمولة ذلك لأنه لا يبيع لحساب الموكل بل لحساب نفسه فضلاً عن أنه لا يتمتع بضمانات الوكيل بالعمولة[2].

٤- عقد الوكالة بالعمولة وعقد الوكالة العادية:

إن أهم ما يمتاز به عقد الوكالة بالعمولة عن الوكالة العادية أن الوكيل بالعمولة يقوم بالتصرف القانوني الموكل به باسمه الشخصي بحيث لا تظهر شخصية الموكل فيما يجريه من عقود مع الآخرين، في حين يقوم الوكيل العادي بالتصرف القانوني باسم موكله وتظهر شخصية الأخير في العقود التي يبرمها الوكيل مع الغير،

---

(١) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق.ص٣٤، ود. محمد إسماعيل. المرجع السابق.ص٣١٨، ويرى أن هناك فرقاً آخر بين عقد الوكالة بالعمولة وعقد العمل ويقول: "بالإضافة إلى فوارق أخرى تتمثل في أن العامل لا يكون إلا شخصاً طبيعياً في حين أننا رأينا في البند السابق إمكانية أن يكون الوكيل شخصاً طبيعياً أو معنوياً وأن العقدين يختلفان من حيث طريقة انهائهما، فعقد العمل محدد المدة ينتهي عادة بانتهاء مدته وغير محدد المدة يلزمه إخطار لإنهائه أما في الوكالة فإن العقد ينتهي بإرادة أي من الطرفين".

(٢) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص٣٦.

وبهذا يبدو الوكيل بالعمولة أصيلاً أمام الغير، لأن آثار العقود التي يبرمها تتصرف إلى الموكل، ولكن في مرحلة تلي مرحلة إبرام العقد.

وهكذا فإن أهم أوجه الاختلاف بين الوكالة بالعمولة والوكالة العادية:

١- الوكالة بالعمولة عقد تجاري ينطبق عليه قانون التجارة لجهة الإثبات بينما لا تكون الوكالة العادية تجارية إلا إذا طبق عليها أحكام القانون المدني ولو تقاضى الوكيل أجر قيامه بالعمل الموكل له إذا لم تكن تجارية.

٢- الوكالة بالعمولة من عقود العوض لأن الوكيل بالعمولة يتقاضى مقابلاً للعمل الذي قام به لصالح الموكل، ويتمثل بعمولة عن نسبة من قيمة الصفقات التي تكون محلاً لعقد الوكالة، أما الوكالة العادية فهي حسب الأصل تبرعية ما لم يتفق الطرفان خلاف ذلك صراحة أو ضمناً.

٣- للوكيل بالعمولة حق امتياز على البضائع التي يتسلمها لحساب الموكل لحين استيفاء أجرته والنفقات التي تكبدها بمناسبة وكالته وينتقل هذا الحق بانتقال البضاعة ويتقدم به الوكيل على غيره بما يعني أن للوكيل حق التتبع والأفضلية على هذا الحق[1].

٤- تشبه الوكالة بالعمولة الوكالة التجارية في أن كلاً منهما عقد تجاري ويبقى الفرق بينهما أن الوكيل بالعمولة يتعاقد مع الغير باسمه الشخصي لحساب موكله في حين يتعاقد الوكيل التجاري مع الغير باسم الموكل ولحسابه.

٥- عقد الوكالة بالعمولة وعقد السمسرة:

يتوسط الوكيل بالعمولة لإتمام صفقة تجارية لحساب موكله، ويتوسط السمسار فيما بين طرفين، وهذا الشبه فيما بين العقدين لا يقلل من الفرق بينهما

---

(١) يعتبر امتياز الوكيل بالعمولة كحق مقدم على حقوق الامتياز الأخرى إلا على النفقات القضائية وما يستحق للحكومة كامتياز عام على أموال المدين فإنها تتقدم على امتياز الوكيل بالعمولة. انظر في هذا الراي د. يعقوب صرخوه. المرجع السابق. ص٢٥٤. ونصت المادة (٩٦) من قانون التجارة على حق الوكيل بالعمولة كامتياز على قيمة البضاعة وورد في الفقرة ٥ ما نصه: " إذا كانت البضاعة قد بيعت وسلمت لحساب الموكل فيحق للوكيل بالعمولة أن يستوفي من ثمنها قيمة دينه قبل الموكل".

وخاصة عندما يعهد الموكل إلى الوكيل بالبضاعة فإنه سيتوسط ببيعها بحيث تكون في حيازته من أجل بيعها لحساب موكله، أما السمسار فتنحصر مهمته في البحث عن طرفين لإبرام عقد شراء أو عقد بيع مقابل أجر يخضع لاتفاق الطرفين أو للعرف أو لتقدير القاضي، وهذا الأجر لا يعد من الحقوق التي لها الامتيازات كما هو شأن أجر الوكيل بالعمولة[1].

رابعاً: آثار عقد الوكالة بالعمولة

إن ما يترتب على الوكالة بالعمولة هو ضرورة تنفيذ كل طرف الالتزامات التي تعهد القيام بها وهذه الالتزامات تمثل حقوقاً للطرف الآخر، وعليه فإن آثار العقد هي التزامات أطرافه وحقوقهم، لذلك نتحدث عن التزامات الوكيل بالعمولة وحقوقه والتزامات الموكل وحقوقه فيما يلي:

١- التزامات الوكيل بالعمولة وحقوقه وضماناته:

أ- **التزامات الوكيل بالعمولة:** تقوم فيما بين الوكيل بالعمولة وموكله علاقة تعاقدية أساسها عقد الوكالة بالعمولة، وكذلك تقوم بينه وبين الغير علاقة تعاقدية يكون بموجبها مسؤولاً شخصياً أمام هذا الغير لأنه تعاقد معه باسمه لا بصفته وكيلاً عن موكله، ويوضح التزامات الوكيل بالعمولة مع الغير العقد المبرم فيما بينهما كما لو كان بائعاً فيلتزم بالتزامات البائع، كما يوضح عقد الوكالة بالعمولة المبرم فيما بين الموكل والوكيل بالعمولة التزامات الوكيل أمام الموكل وفق ما نصت عليه شروط العقد[2]، وعليه فإن التزامات الوكيل بالعمولة في مواجهة موكله هي:

---

(١) انظر د. علي العريف. المرجع السابق ص٢٦٨.

(٢) انظر د. علي العريف. المرجع السابق. ص٢٧٧. حين يضرب مثلاً لذلك بقوله: "فمثلاً إذا اشترى الوكيل بضاعة بسعر أعلى من الذي حدده الموكل فيلزم بالفرق أو إذا باع الوكيل بالأجل بدون إذن أو عرف فيلزم بالسعر الفوري للمثل" ويقول كذلك: "والراي الراجح الاكتفاء بإلزام الوكيل بتعويض الضرر الناتج للموكل بدلاً من إبطال المعاملة المتعلقة بالموكل".

١- *تنفيذ تعليمات الموكل والقيام بالعمل الموكل به بحسن نية:* وهذا ما أوجبه نص المادة ٨٩ من قانون التجارة بأن يقوم الوكيل بتنفيذ الأوامر الصادرة إليه بذاته إلا إذا كان مجازاً بحسب الاتفاق أو بحسب العرف أن ينيب عنه شخصاً آخر، وكانت هناك ظروفاً تضطره لهذه الإنابة.

ويسأل الوكيل إذا خالف تعليمات موكله بحيث يتحمل الضرر الذي يصيب الموكل بسبب مخالفة تعليماته وهذه الصورة للمسؤولية أبعدت إمكانية إبطال العلاقة التعاقدية التي أبرمها الوكيل بالعمولة مع الغير إذا كان الوكيل قد أجراها مخالفاً بذلك تعليمات موكله[١].

ويجب أن يقوم الوكيل بعمله بحسن نية كما تقضي بذلك القواعد العامة الواردة بالقانون المدني المادة ٢٠٢ وطبقاً للعُرف، وهذا يفرض عليه أن يسعى لإبرام العقود مع الغير بأحسن الشروط لمصلحة موكله، بحيث إذا خلا عقد الوكالة من تحديد سعر البيع أو سعر الشراء فإن على الوكيل أن يبذل جهده ليكون البيع بأعلى الأسعار والشراء بأدناها، وأن يراعي عدم التعاقد مع الغير إذا كان الأخير من النوع المماطل أو على وشك الإفلاس.

وبشكل عام إذا كانت مصلحة الموكل تقضي أن يسعى لتحقيق مصلحة موكله في أحسن الظروف، فإنه في سبيل ذلك يجب عليه في حالة شراء بضاعة أن يرفض استلامها إذا كان بها عيوب ظاهرة، كما يجب عليه أن لا يبيع بالأجل ما لم يوجد إذن أو عُرف بسبب مساس ذلك بحقوق الموكل وقواعد حسن النية، لأن الوكيل بالعمولة ليس سوى وسيط وهو بهذه الصفة أمين وليس شريكاً ولا يملك حرية التصرف، ومن مقتضيات حسن النية أن لا يبيح الوكيل

(١) نصت المادة (٢/٨٨) من قانون التجارة على أن علاقات الموكل بالوكيل بالعمولة او بدائنيه تسري عليها قواعد الوكالة.

بالعمولة بأسرار موكله ولا يذيع اسمه إذا كان للموكل مصلحة في إبقاء اسمه سراً.

٢- *المحافظة على أسرار الموكل:* تقتضي طبيعة عقد الوكالة بالعمولة أن يبقى اسم الموكل سراً في مواجهة الغير، وكذلك أسرار هذا الموكل باعتباره تاجراً لان مصلحته تتحقق بعدم إفشاء اسمه أو أعماله التجارية، ولم ينص قانون التجارة صراحة على إبقاء اسم الموكل سراً، إلا إن ذلك يستنتج من طبيعة العلاقة العقدية فيما بينهما، وكذلك ما سعى إلى تحقيقه الموكل وورد في بعض التشريعات صراحة إن الحفاظ على سر الموكل وإبقاء اسمه سراً من التزامات الوكيل[1]، ونرى أن يحافظ الوكيل بالعمولة على إبقاء اسم الموكل سراً إذا كان في ذلك مصلحة لطرفي العقد عندما لا يجد الغير سبيلاً إلى التعاقد مع الموكل مباشرة وهو ما يحقق للوكيل مصلحة، وعندما لا يطلع الغير على أسرار الموكل إذا كان فيه مصلحة له.

٣- *المحافظة على البضاعة:* يجب على الوكيل بالعمولة أن يحافظ على البضاعة الموكل إليه أمرها وعليه أن يتخذ الإجراءات الممكنة لوقايتها من الضياع والهلاك والتلف، علماً بأن الوكيل بالعمولة لا يسأل عن نتائج الحوادث القهرية أو تلك الناتجة عن خطأ الغير، وأساس مسؤولية الوكيل هو الخطأ والإهمال، وبذلك ترفع عن كاهله مسؤوليته عن خطأ الغير، كما لا يسأل إن لم يقم بالتأمين

---

(١) انظر نص المادة (١/٢٩٢) من القانون الكويتي وورد كما يلي: "لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يصرح باسم موكله إلا إذا اذنه في ذلك"، وانظر نص المادة (٢٣٦/١) من قانون الإمارات وورد كما يلي: "يجوز للوكيل بالعمولة أن يصرح باسم الموكل الذي يتعاقد لحسابه إلا إذا طلب منه الموكل عدم الإفصاح باسمه"، وانظر نص المادة (٢٠٥) من قانون سلطنة عُمان وورد كما يلي: "لا يجوز للوكيل بالعمولة أن يصرح باسم الموكل إلا إذا اذنه في ذلك"، وانظر كذلك نص المادة (١٨٢) من قانون البحرين حيث ورد مطابقاً للنص الكويتي والعُماني.

على البضاعة إلا إذا كان العُرف يقضي بذلك او إذا تضمن العقد شرطاً يلزمه.

٤- *بذل العناية في تنفيذ الالتزامات:* الالتزام نوعان، بذل عناية وتحقيق نتيجة، ويلتزم الوكيل بالعمولة بأن يبذل العناية اللازمة لتحقيق النتائج التي كانت أساس وهدف التعاقد، ولما كان الالتزام ببذل العناية بدرجات متفاوتة وتختلف بحسب نوع الالتزام، ومن هذا الالتزام ما يكون عناية الشخص المعتاد، ومنه ما يكون عناية الشخص الحريص اليقظ، فإن مسؤولية الوكيل بالعمولة تقوم على أساس التزامه ببذل عناية الشخص المعتاد باعتباره التاجر الذي يبذل عناية معقولة في تنفيذ الوكالة، وهذا النوع من الالتزام غير مفرط في الإهمال ولا مغال في الحرص.

٥- *تقديم كشف حساب عن العمل الذي قام به لحساب الموكل:* عندما ينتهي الوكيل بالعمولة من إنجاز العمل لا بد أن يقدم للموكل حساباً عن تنفيذ تعليماته طبقاً للقواعد العامة في الوكالة العادية، وعليه أن يوافي موكله بكافة المعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة وأن تكون كل المعلومات معززة بمستندات تثبت دقتها، ويكون من حق الوكيل أن يثبت ضمن كشف الحساب، النفقات والسلف والمصاريف التي قام بدفعها بمناسبة تنفيذ تعليمات الموكل ومن حق الموكل أن يطلع على المستندات ولا يشترط في كشف الحساب أن يكشف الوكيل بالعمولة عن اسم الغير الذي تعاقد معه لحساب الموكل خشية أن يتصل الموكل بهذا الغير[1]، ويستغني عن وساطة الوكيل بالعمولة

(١) إذا اشترط في عقد الوكالة أن يكشف الوكيل عن اسم الغير الذي تعاقد معه فهو شرط مقيد ويجب عدم الإخلال به لأنه جوهري فيما يتعلق بالموكل، انظر د. علي العريف. المرجع السابق. ص٢٨٣.

في صفقات أخرى، وكذلك لا يشترط أن يطلع الموكل على الدفاتر التجارية الخاصة بالوكيل بالعمولة[1].

٦- *عدم التعاقد لنفسه أو وكيلاً عن طرفين أو توكيل الغير وضمان عدم التنفيذ:* تقضي القواعد العامة بأنه لا يجوز للوكيل أن يتعاقد مع نفسه، بمعنى أن يأخذ العملية لنفسه بحيث يبرم عقداً بصفته وكيلاً ويوقعه بصفته يتعاقد مع نفسه لمصلحته، ومرد ذلك تعارض مصلحة الموكل مع مصلحة الوكيل، لذلك فإن هذا العمل يخالف اتفاق الطرفين من حيث المقصود وهو الوساطة وليس التعاقد المباشر. وعليه إذا كان الوكيل مكلفاً ببيع بضاعة فلا يجوز أن يشتريها لنفسه وإلا كان البيع قابلاً للإبطال لمصلحة الموكل، ومع ذلك إذا تضمن العقد شرطاً يجيز للوكيل أن يشتري ما وكل ببيعه لنفسه فهو شرط صحيح ومعتبر.

ويقال كذلك بشان قيام الوكيل بالبيع وكيلاً بالشراء ووكيلاً بالبيع وذلك من موكلين مختلفين، ويحدث هذا عندما يكلفه احدهم بأن يبيع شيئاً ويكلفه آخر بأن يشتري له مثل الشيء الذي كلف ببيعه، كما لا يجوز أن يقوم به الوكيل إلا بشرط صريح في العقد، ذلك لأنه يلتزم بأن يحقق لموكله أفضل الشروط بيعاً وشراء وهو لا يستطيع أن يحققها لطرفين تتناقض مصالحهما في صفقة واحدة.

ولجهة توكيل الغير أو الوكالة من الباطن فمعناها أن يعهد الوكيل بالعمولة إلى وكيل آخر بالعمولة لتنفيذ العملية المقصودة لحساب موكله، وبهذه الحالة يتم تعاقد الوكيل الثاني مع الغير باسمه ولكن لحساب الوكيل الأول وليس لحساب الموكل.

ونرى أنه لا يجوز أن يوكل الوكيل غيره للقيام بالعمل كوكيل بالعمولة ما لم يتضمن العقد شرطاً يجيز ذلك، ويمكن القياس على الوكالة العادية التي لا يجوز أن يتعاقد الوكيل مع غيره للقيام نيابة عنه بالعمل الذي كان محلاً للعقد المبرم فيما بينه وبين الموكل "الوكيل من الباطن" إلا إذا تضمن عقد الوكالة شرطاً يجيز ذلك.

---

(١) لا يجبر الوكيل بالعمولة على إطلاع الموكل على دفاتره التجارية إلا إذا اشترط العقد ذلك. انظر المرجع السابق. ذات الموضوع.

وبخصوص التزام الوكيل بالعمولة بضمان تنفيذ الالتزام، فالأصل في ذلك أنه متى قام بالالتزامات التي ترتبت عليه بموجب الوكالة مع الموكل وانتفى الخطأ من جانبه فلا تقوم في مواجهته مسؤولية عدم تنفيذ الغير للعقد المبرم فيما بين هذا الأخير والوكيل، ذلك لأن آثار العملية تنصرف إلى الموكل بما يعني أن الوكيل لا يضمن تنفيذ الغير لالتزاماته في مواعيدها.

ومع ذلك اتجه المشرع إلى تقرير هذه المسؤولية على عاتق الوكيل بالعمولة عندما يكفل من يتعاقد معه، وكذلك إذا جرى العرف التجاري أن الوكيل يضمن، كما أن الوكيل بالعمولة يتحمل مخاطر عمله إذا تعهد ضمان الوفاء بالديون الآجلة التي رتبها عليه العقد.

وهكذا نجد أن شرط الضمان يجب أن يقبل من الوكيل صراحة أو يقضي به عرف الجهة التي مارس الوكيل فيها نشاطه، لأن الضمان لا يفترض ويستنتج قبول الوكيل بضمان التنفيذ إذا تضمن عقد الوكالة أنه يستحق عمولة لقاء هذا التنفيذ، على أن ضمان عدم التنفيذ لا يلزم الوكيل بالعمولة إذا كان راجعاً إلى خطأ الموكل.

أما الطبيعة القانونية لشرط الضمان فلا يمكن ردها الى إحدى النظريات التي قامت عليها العقود المدنية ذلك لان العلاقة فيما بين الموكل والوكيل بالعمولة التي نتج عنها شرط الضمان تتأتى من إمكانية اللجوء الى القياس وعليه يبقى اتفاق الوكيل بالعمولة مع الموكل بشأن شرط الضمان من طبيعة خاصة[1].

---

(١) انظر نص المادة (٩١) من قانون التجارة وورد كما يلي: "إذا ادان الوكيل بالعمولة أو اسلف الغير بدون رضاء الموكل فيتحمل هو مخاطر عمله". وانظر نص المادة (٩٢) " لا يكون الوكيل بالعمولة مسؤولاً عن عدم الوفاء أو عن عدم تنفيذ سائر الالتزامات المترتبة على الذين تعاقد معهم إلا إذا كفلهم أو كان العرف التجاري في المحل الذي يقيم فيه يقتضي بذلك". وانظر في الطبيعة القانونية لشرط الضمان حيث قال بعض الفقه: انه نوع من الكفالة في حين راى البعض الآخر إن شرط الضمان عبارة عن تأمين يضمن به الوكيل للموكل ملاءة الغير ويقوم بدور المؤمن والموكل بدور المستأمن والشيء المؤمن عليه هو حق الموكل أو الصفقة التي ابرمت لحسابه". وانظر هذه الآراء د. علي البارودي. العقود وعمليات البنوك التجارية. ط٨٣. ص٢٨. ويقول بهذه الخصوص "إذا لم يكن من الممكن اعتبار شروط الضمان تأميناً من الناحية القانونية فإنه يعتبر تأميناً من الناحية النفسية البحتة". ويقول: "لعل هذا يفسر ما جرى عليه العرف من ضمان الوكيل بالعمولة حتى القوة القاهرة".

ب- **حقوق الوكيل بالعمولة:** يستحق الوكيل بالعمولة أجرة عن العمل الذي قام به مقام الموكل بمجرد انعقاد العملية، ويستحق تعويضاً مقابل مسعاه لإتمام العملية عندما تحول أسباب دون إتمامها، وله حق استرداد جميع النفقات والسلف والمصاريف التي تكبدها لمصلحة الموكل مع فوائدها وتشمل نفقات التخزين والنقل[1]، وهذه الحقوق التي يعود بها الوكيل على الموكل، أما حقوق الوكيل بالعمولة في مواجهة الغير "من تعاقد معه" فيوضحها العقد المبرم فيما بينهما.

١- *الرجوع على الموكل بآثار التعاقد مع الغير:* إذا كان الوكيل بالعمولة تعاقد مع الغير باسمه الشخصي دون ذكر الموكل فلا يعني ذلك تطبيق قاعدة نسبية أثر العقد على نحو تعود آثاره على الوكيل، ذلك لأن هذا العقد لحساب الموكل رغم ظهور اسم الوكيل كطرف فيه.

لذلك يجوز الرجوع على الموكل بجميع الالتزامات التي قام بها الوكيل دون الالتفات إلى حصول ربح أو خسارة، وعليه إذا كان العقد شراء لمصلحة الموكل فيجوز للوكيل مطالبة الموكل بأن يدفع الثمن وتسلم الشيء، وإذا كان بيعاً لمصلحة الموكل فيجوز للوكيل بالعمولة مطالبة موكله بتسليم الشيء المبيع في الميعاد المحدد مع الغير، ويضمن هذا الموكل العيوب إذا تمسك بها الغير، وعليه يعتبر الوكيل بالعمولة مجرد وسيط في التعاقد ويعود بآثار والتزامات العقد الذي أبرمه مع الغير باسمه ولحساب موكله على هذا الموكل.

٢- *الأجرة (العمولة) المتفق عليها والنفقات:* يتضمن عقد الوكالة نصاً يبين قيمة أجر أو عمولة الوكيل، وهي في الغالب نسبة مئوية من قيمة العقد، وأن اتفاق الطرفين لهذه الجهة معتبر، وواجب الاحترام

---

(١) أنظر نص المواد ٩٣، ٩٤، ٩٥ من قانون التجارة.

وليس للمحاكم أن تعدله بالزيادة أو النقصان ولا محل للقياس على الوكالة العادية التي تجيز للمحاكم تعجيل أجر الوكيل العادي بسبب اختلاف العقدين الوكالة بالعمولة، والوكالة العادية، لجهة إن الأول عقد احتمالي يتحدد أجر الوكيل به معلقاً على نجاحه في إبرام العقد مع الغير والثاني يتحدد فيه أجر الوكيل العادي في جميع الأحوال[1].

أما إذا سكت العقد عن تحديد أجرة الوكيل فإن المحاكم تقوم بتحديديها إذا نجح في إبرام العقد مسترشدة بالظروف والعرف[2].

وبخصوص النفقات فإن الوكيل بالعمولة يعود بها على الموكل ذلك أنه إذا كان اضطر بمناسبة قيامه بعمله إلى دفع أموال كالإعلان عن البضاعة في الصحف ووسائل الإعلان المختلفة وأجور نقل هذه البضاعة من مكان إلى آخر وأجور تخزين هذه البضاعة وأقساط التأمين عليها والمصروفات القضائية التي تكبدها في مخاصمة من تعاقد معه لحساب الموكل، فإن هذه النفقات لا بد أن يعود بها على الموكل، وتقضي قواعد العدالة أن يرجع بها على الموكل وعدم اعتبارها داخلة في العمولة، وهذه النفقات يعود بها على الوكيل حتى لو فشل في إبرام عقد مع الغير ولا تعد معلقة على إبرام العقد كما هو شأن الأجر، وهذه النفقات يعود بها الوكيل على الموكل حتى ولو فشل في إبرام عقد مع الغير ولا تعد معلقة على إبرام العقد كما هو شأن الأجر "العمولة"، وكذلك فإن حرمان الوكيل بالعمولة من أجره "العمولة" في حالة عدم إبرام العقد مع الغير وفشله في التعاقد يعتبر محدود الضرر باعتباره مجرد فوات كسب، في حين يعتبر حرمان الوكيل بالعمولة من النفقات التي دفعها من جيبه خسارة، وعليه

---

(١) يقوم التزام الوكيل بالعمولة على أساس من تحقيقه النتيجة حتى يستحق العمولة في حين يقوم التزام الوكيل العادي على أساس من بذل العناية ويستحق الأجر في جميع الحالات.

(٢) انظر د. علي العريف. المرجع السابق. ص٢٨٥.

فإن الوكيل بالعمولة يستحق هذه النفقات وفوائدها من تاريخ دفعها ، أما العمولة فلا يستحق فائدة عنها إلا من تاريخ مطالبته بها.

ج- **ضمانات الوكيل بالعمولة:** إذا قام الوكيل بالعمل الموكل به فإنه يستحق الحقوق التي ورد ذكرها في البنود السابقة وهي الأجر والنفقات وآثار التعاقد مع الغير ويتقرر في سبيل ذلك ضمانات تجعله مطمئناً إلى أن حقوقه لن تضيع عليه ومن هذه الضمانات:

١- *حبس البضاعة:* تقرر هذا الحق لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به ما دام الدائن لم يفِ بالتزام في ذمته نشأ بسبب التزام المدين وكان مرتبطاً به ، وهو ما تضمنه حكم المادة ٣٨٧ من القانون المدني وعليه يجوز أن يقوم الوكيل بحبس البضاعة التي تحت يده لحين وفاء الموكل بالتزاماته ويجوز له كذلك حبس المبالغ الموجودة تحت يده إلى أن يفي الموكل بالديون الناشئة عن عقد الوكالة والمصروفات بالإضافة *إلى العمولة وأيضاً التعويض عن الضرر الذي* أصابه بمناسبة تنفيذه الوكالة إذا كان بدون خطأ منه.

٢- *الامتياز:* يشكل الامتياز حقاً للوكيل بالعمولة بمقتضى المادة ٩٦ من قانون التجارة وهو ضمان يمكن الوكيل من ثمن هذه البضاعة ، وهذا الضمان تقرر على النحو التالي:

- للوكيل بالعمولة امتياز على قيمة البضاعة المرسلة إليه والمخزونة أو المودعة لأجل استيفاء جميع القروض والسلف والمدفوعات التي قام بها سواء أكان قبل تسليمه البضائع أم في مدة وجودها في حيازته ـ مادة ٩٦ فقرة ١.
- ينشأ الامتياز بمجرد إرسال البضائع أو خزنها أو إيداعها ـ مادة ٩٦ فقرة ٢.
- ينشأ امتياز الوكيل بالعمولة على البضاعة عند تحقق شرط المادة ٧١ من قانون التجارة المتضمن:

١. إذا كان المنقول أشياء وجب على المرسل أن يعين بوضوح للناقل عنوان الشخص المرسل إليه ومكان التسليم وعدد الطرود ووزنها ومحتوياتها ومهلة التسليم والطريق التي يلزم إتباعها.

٢. وإذا وجد في الطرود أشياء ثمينة وجب عليه أن يعلم الناقل بوجودها وبقيمتها. مادة ٩٦ فقرة ٣.

- يدخل مبلغ الدين الأصلي مع الفوائد والعمولات والنفقات في الامتياز. مادة ٩٦ فقرة ٤.
- يحق للوكيل بالعمولة أن يستوفي من ثمن البضاعة قيمة دينه قبل دائني الموكل إذا كانت البضاعة قد بيعت وسلمت لحساب الموكل. مادة ٩٦ فقرة ٥.

٣- *تضامن الموكلين:* بما أن الوكالة بالعمولة عقد تجاري فإن تضامن الموكلين مفترض ومع ذلك إذا كانت الوكالة من العقود المدنية فإن تضامن الموكلين لا يتحقق إلا إذا نص عليه العقد أو ورد بشأنه نص في القانون.

وعليه نرى أن الموكلين في عقد الوكالة بالعمولة يتضامنون في الوفاء بالتزاماتهم في مواجهة الوكيل إذا كانوا يرتبطون مع هذا الوكيل بعقد واحد.

٢- التزامات الموكل وضماناته:

يترتب على عاتق الموكل التزامات، وينشأ له حقوق بمناسبة إبرام عقد الوكالة بالعمولة، وبخصوص الالتزامات فهي تلك الناشئة عن اتجاه إرادة طرفي العقد إلى إحداث أثر قانوني فيما بينهما على نحو لا بد أن يقوم كل طرف بما اتجهت إليه إرادة الطرف الآخر، أما حقوق الموكل فتشمل الضمانات التي بوجودها يمكنه الحصول على حقوقه، ونتحدث عن التزامات الموكل وحقوقه فيما يلي:

أ- **التزامات الموكل:** إن حقوق الوكيل بالعمولة تعد التزامات على عاتق الموكل، بمعنى أن الموكل يسأل في مواجهة الوكيل عن عدة التزامات تشكل في مجموعها حقوقاً للوكيل وأول هذه الالتزامات:

١- *دفع أجرة الوكيل (العمولة):* تحسب أجرة الوكيل عادة بنسبة مئوية من قيمة الصفقة التي يبرمها ويجب على الموكل دفعها حسب الاتفاق بعد أن يبرم الوكيل الصفقة، بما يعني أنه لا يستحق هذا الأجر إذا لم يتم إبرام الصفقة على أساس أن نجاح الوكيل في ذلك يوجب دفع المقابل، والأصل في تحديد مقدار أجرة الوكيل أن يكون الاتفاق فيما بين الطرفين، وكذلك الأمر فإنه إذا ترك تحديد مقدار أجرة الوكيل لتقدير الموكل بموجب الاتفاق فإن هذا الشرط معتبر وواجب الاحترام، لأن ترك أمر تقدير أجرة الوكيل التي يقدرها الوكيل هو اتفاق ملزم لطرفيه، ولا يكون للمحاكم سلطة في تقديره لأن معنى ذلك تجريد الموكل من الحق الذي نص عليه الاتفاق. أما إذا لم يتم الاتفاق على الأجرة ولا كيفية احتسابها أو تقديرها فيعود تقدير ذلك إلى القضاء يستعين بأهل الخبرة والعرف في الوصول إلى تحديدها لأن سكوت الطرفين على ما تقدم يفهم منه أن نيتهما اتجهت إلى تحديد الأجرة وفق عرف المهنة والعادات المتبعة في هذا الشأن[1].

ويستحق الوكيل بالعمولة أجرة في حالتين:

الأولى: إذا أكمل الصفقة التي كلفه بها الموكل، بمعنى أنه لا يستحق الأجرة إلا إذا نجح في إبرام العقد المطلوب، وعلى هذا فإن هذا النوع من العقود يعد احتمالياً ويستحق الوكيل الأجر معلقاً على تمام الصفقة مع الغير مع اشتراط أن يكون السبب في إبرام الصفقة.

الثانية: إذا تعذر إكمال الصفقة لسبب يعزى إلى الموكل، كما لو سعى الوكيل لإبرام الصفقة التي كلف القيام بها وقام

---

(١) انظر د. يعقوب صرخوه. المرجع السابق ص٢٧١.

بالأعمال التحضيرية وبكل ما يفرضه عليه عقد الوكالة واتبع تعليمات الموكل وأوامره إلا أنه فوجئ بأن الموكل يرفض إتمام الصفقة أو يقوم بأفعال من شأنها عرقلة إبرامها أو امتنع عن تسليم البضاعة إذا كان العقد عقد بيع أو قام بإتمام الصفقة بنفسه أو عن طريق وكيل آخر، فإن الوكيل في هذه الحالات يستحق الأجرة المتفق عليها.

وهكذا فإن الوكيل بالعمولة يستحق أجره بمجرد إتمام الصفقة وكذلك عند عدم إتمامها لسبب يعزى إلى الموكل، على أنه لا يستطيع الموكل عدم دفعها متذرعاً بسبب عدم وفاء الغير أو عدم تنفيذ التزاماته، والموكل يمكنه ذلك عندما يكون الوكيل ضامناً العمولة وبهذه الصورة يسأل عن عدم تنفيذ الغير التزاماته لأنه تقاضى أجراً يسمى عمولة الضمان[1].

٢- *دفع النفقات:* إذا تم إبرام الصفقة فإن الوكيل يستحق عمولة كمقابل لما نجح فيه وهو التوصل إلى إبرام صفقة على النحو الذي كلفه به الموكل، بما يعني أن هذه العمولة هي مقابل ذلك الجهد الذي بذل من أجل إنجاح العملية، أما النفقات التي تكبدها الوكيل فإنما تكبدها باعتبار أنه قام بفعله نيابة عن الموكل وبمناسبة تكليف الأخير له، وبالتالي لا بد أن يدفع الموكل مقدار ما تكبده الوكيل من نفقات ومصاريف حتى ولو لم ينجح في إتمام الصفقة لأن القول بخلاف ذلك يعني أن يُثرى الموكل على حساب الوكيل وبدون وجه حق، ويلتزم الموكل بدفع الفوائد عن المبالغ التي استحقت بذمته منذ تاريخ دفعها من قبل الوكيل.

---

(١) انظر نص المادة (٩٧) من قانون التجارة وورد كما يلي: "أن الموكل الذي يلغي الوكالة وكذلك الوكيل بالعمولة الذي ينكل عن وكالته يلزم بالتعويض إذا وقع الإلغاء أو النكول بدون سبب مشروع".

ب- **ضمانات الموكل:** نصت المادة ٤٣١ من قانون التجارة على أن: "للأشخاص الذين يدعون ملكية أموال موجودة في حيازة المفلس أن يطلبوا استردادها".

وبمقتضى هذا النص نجد أن من ضمانات الموكل حق استرداد بضاعة من تحت يد الوكيل إذا أفلس، وتبرير ذلك أن ملكية البضاعة تبقى على ذمة مالكها ومن حقه استردادها على نحو لا يدخل بثمنها في تفليسة الوكيل، وللموكل حق استرداد البضاعة وكذلك الأوراق النقدية المودعة عند المفلس إذا تمكن من إثبات ذاتيتها، وتطبيق ذلك أن الموكل إذا كان قد دفع للوكيل من النقود على حساب النفقات والمصاريف فإن بإمكانه استردادها إذا تمكن من إثبات ذاتيتها.

ويجوز للوكيل طلب استرداد ثمن البضاعة أو جزء من ثمنها إذا كان لم يدفع أو لم تجرِ عليه المقاصة في حساب جار بين المفلس والمشتري.

أما الضمان الثاني المتعلق بالموكل فهو تضامن الوكلاء ذلك أن عقد الوكالة بالعمولة يعد تجارياً ويتضامن المدينون به على أساس هذه الصفة في المواد التجارية مفترضة، وعليه إذا كان الوكيل بالعمولة أكثر من شخص فإنهم متضامنون في مواجهة الموكل ويسألون عن إخلالهم في تنفيذ التزاماتهم بموجب العقد على أساس من التضامن المفترض فيما بينهم.

خامساً: انقضاء الالتزامات في عقد الوكالة بالعمولة

لا يكون الالتزام قديماً وينتهي بأسباب الانقضاء التي ورد النص عليها في القانون المدني، وعليه فإن انقضاء التزامات أطراف العقد يؤدي إلى زوال العقد بما يعني عدم صلاحية بقائه قائماً.

أما أسباب انقضاء الالتزامات في الوكالة بالعمولة فهي ذات الأسباب التي تنقضي بها الوكالة العادية وهذه الأسباب هي:

١- إتمام العمل الموكل فيه الوكيل بالعمولة.

٢- موت الوكيل بالعمولة

٣- موت الموكل

٤- الحجر على الوكيل بالعمولة أو إعلان إفلاسه

٥- الحجر على الموكل أو إعلان إفلاسه

٦- انتهاء الأجل المحدد لعقد الوكالة

٧- عزل الوكيل واعتزاله الوكالة.

المبحث الثالث
عقد السمسرة

البند الأول: تعريف عقد السمسرة

يقوم عقد السمسرة على أساس من قيام السمسار بعمل مادي فقط بموجبه يتعهد السمسار لشخص آخر بأن يعثر له على متعاقد بشأن صفقة معينة مقابل أجر يسمى سمسرة.

وبذلك تقتصر مهمة السمسار على تقريب وجهتي نظر دون أن يكون طرفا أو نائباً عن أحد الطرفين، إذ يكتفي بنقل شروط كل طرف إلى الآخر في محاولة للتوفيق بين مصالحهما، وهو يستحق أجرة لقاء قيامه بما ذكر إذا نجحت جهوده وتم التعاقد نتيجة لمسعاه.

ولأهمية العلاقات الناشئة عن عقد السمسرة فقد نظمها المشرع بأحكام خاصة بالإضافة إلى الأحكام التي وردت في الباب الرابع من قانون التجارة وبخصوص الأحكام الخاصة فقد أهتم المشرع بدور السمسار ومهنة الدلالة والسمسرة ونظمها بقانون الوكلاء والوسطاء التجاريين منذ عام ١٩٦٥ حيث أصدر أول قانون يحل محل قانون الدلالين والسمسرة العثماني، وحل القانون رقم ٤٤ لينة ١٩٨٥ محل القانون السابق رقم ٢٠ لسنة ١٩٧٤ ونظم علاقة السماسرة وكيفية ممارسة المهنة ووضع شروطاً على من يرغب من الأشخاص والشركات أن يمارس مهنة الوساطة.

وعرف الفقه عقد السمسرة تعريفات في مجملها أن السمسار يتعاطى مهنة القيام بالوساطة بين طرفين بقصد تذليل عقبات إبرام عقد بينهما[1].

(١) انظر في تعريف السمسرة د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص٧٥ ويقول: "تعتبر السمسرة عقداً يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص آخر نظير أجرٍ يسمى سمسرة أو عمولة بالعثور له على متعاقد بشأن صفقة معينة".

وعرفت بعض التشريعات عقد السمسرة **بأنه**: "عقد يلتزم به فريق يدعى السمسار يرشد الفريق الآخر إلى فرصة لعقد اتفاق ما أو أن يكون وسيطاً له في تفاوضات التعاقد وذلك مقابل أجر"[1].

أو أنه: "عقد يتعهد بموجبه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين مقابل أجر".

أو أنه: "عقد يتعهد بمقتضاه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثان لإبرام عقد معين والتوسط في إبرامه"[2].

ويطابق هذا التعريف لعقد السمسرة ما ورد بالقانون الكويتي والإماراتي في حين لم يتصد المشرع المصري إلى تعريف عقد السمسرة في قانون التجارة.

البند الثاني: خصائص عقد السمسرة وتميزه عما يشتبه به

أولاً: خصائص عقد السمسرة

يعتبر السمسار تاجراً إذا مارس مهنة السمسرة على سبيل الاحتراف، لأنه يمارس عمله لحسابه الخاص وينظم نشاطه ويتصل بعملائه ولا يتبع لأحد ولا يفقد استقلاله، ويترتب على اكتساب السمسار صفة التاجر خضوعه لالتزامات حرفة السمسرة والقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية.

---

(1) انظر نص المادة (99) من قانون التجارة الأردني، وانظر في تعريف الوسيط والوساطة التجارية قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم 44 لسنة 1985 وتضمن أن الوسيط التجاري هو كل من يتعاطى مهنة القيام بالوساطة لعقد او تسهيل عقد المعاملات التجارية وما يتفرع عنها لقاء اجر دون ان يكون أجيراً (نائباً عن احد الطرفين فيها) وأن الوساطة التجارية هي:" قيام شخص بالوساطة بين الطرفين لعقد او تسهيل عقد المعاملات التجارية وما يتفرع عنها لقاء اجر دون ان يتحمل تبعتها"، وانظر في تعريف العقد د. علي العريف. المرجع السابق ص256 ويقول :"انه عقد بموجبه يتعهد السمسار بأن يرشد عميله إلى فرصة للتعاقد وسواء اكان ذلك باحضار طرف يقبل هذا التعاقد او بالمفاوضة للتوفيق بين الطرفين وذلك بمقابل تعهد العميل بدفع اجر (سمسرة)".

انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص215 وتقول:" السمسرة عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى السمسار قبل شخص آخر يسمى مصدر الأمر بإيجاد متعاقد لإبرام صفقة معينة مقابل اجر".

(2) انظر قانون التجارة العثماني وقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

أما فيما يتعلق بمن تعاقد مع السمسار فالقاعدة أن العقد المتعلق به مدني، إلا إذا كان العقد تجارياً فيما يخصه، أو كان العقد تجارياً بالتبعية كأن تكون وساطة السمسار متعلقة بعمل تجاري للعميل مثل أن يطلب التاجر من السمسار الوساطة في بيع بضاعة.

وخلاصة ذلك أن عقد السمسرة يكون تجارياً فيما يتعلق بطرفيه "السمسار وعميله" وقد يكون عملاً مختلطاً بحيث يعتبر تجارياً فيما يخص السمسار ومدنياً فيما يختص بالعميل ولا يكون هذا العقد مدنياً لطرفيه لأنه تجاري بطبيعته فيما يختص بالسمسار.

ثانياً: تمييز عقد السمسرة عما يشتبه به

هذا ويكاد يتشابه عمل السمسار مع عمل الوكيل الموزع والوكيل التجاري والوكيل بالعمولة والوسيط التجاري ووكيل الدعاية والإعلان.

وميزنا فيما سبق فيما بين السمسار والوكيل التجاري والوكيل بالعمولة ونحيل إلى ما سبق بهذا الشأن ونتحدث عن أوجه الشبه والخلاف فيما بين السمسار والوسيط التجاري ووكيل الدعاية والإعلان.

١- السمسار والوسيط التجاري:

ورد الحديث عن السمسار بقانون التجارة عندما عرف المشرع عقد السمسرة بأنه بين فريقين يلتزم الأول أن يرشد الآخر إلى فرصة لعقد اتفاق ما أو أن يكون وسيطاً له في مفاوضات التعاقد وذلك مقابل أجر.

أما الوسيط التجاري فورد الحديث بشأنه في قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين عندما عرف المشرع عقد الوساطة التجارية بأنه قيام شخص بالوساطة بين طرفين لإبرام عقد أو تسهيل عقد المعاملات التجارية وما يتفرع عنها لقاء أجر دون أن يتحمل تبعتها. على أنه لا فرق فيما بين السمسار والوسيط لجهة تشابه عملهما، وما يميز كل منهما عن الآخر أن الوسيط التجاري يجب أن يسجل اسمه لممارسة المهنة في سجل الوسطاء لدى مسجل العلامات التجارية، وينطبق بشأنه قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين في حين لا يشترط في السمسار أية شروط على نحو ما ورد في قانون التجارة، ومع ذلك ولجهة الطبيعة القانونية لعمل كل من السمسار والوسيط فإنه لا يوجد فرق

وإذا كان الفرق واضحاً بين عمل السمسار وعمل الوكيل التجاري والوكيل بالعمولة فإن هذا الفرق هو الذي يميز عمل الوسيط التجاري عن الوكيل التجاري والوكيل بالعمولة وهو ما يعني تشابه عمل السمسار والوسيط وما ينطبق بشأن كل منهما من أحكام قانونية.

ومع ذلك لا بد من الإشارة إلى التمييز فيما بين السمسار في عقد السمسرة كما ورد بقانون التجارة وبين الوساطة في بورصة الأوراق المالية وبورصة البضائع التي أشار إليها قانون التجارة إلى إنها تخضع حسب الحاجة لتشريع خاص[١].

٢- السمسار ووكيل الدعاية والإعلان:

يقوم وكيل الدعاية والإعلان بترويج سلعة يملكها الغير مقابل أجر، ولكنه لا يبحث عن متعاقد مع مالك هذه السلعة بصورة مباشرة وكل ما يقوم به هو دعوة من له رغبة في إبرام عقد مع صاحب السلعة أو البضاعة أو الخدمة بأن يسعى إلى التعاقد، وانه إذا نقل الوكيل عروض صاحب السلعة إلى الجمهور، أو عروض بعض الناس إلى صاحب السلعة فإن عمله لا يشبه السمسار لجهة أن الأخير يتوسط فيما بين فريقين لإبرام عقد ويلتزم بمقتضى القانون أن يرشد فريق إلى فرصة لعقد اتفاق بما يعني أنه يستحق أجرة عندما ينفذ هذا الالتزام، على عكس الأجر الذي يستحقه وكيل الدعاية والإعلان بمجرد قيامه بالدعاية للسلعة ومنتجات من كلفه القيام بذلك بصرف النظر عن توجه بعض الناس إلى إبرام عقد مع صاحب هذه السلعة.

البند الثالث: التزامات السمسار وحقوقه

أولاً: التزامات السمسار[٢]

إن أهم التزامات السمسار هي إرشاد العميل إلى فرصة التعاقد المقصود وإخباره بوجود طرف ثان يرغب بالتعاقد، ونتيجة لذلك يترتب على السمسار التزاماً آخر هو السعي لتقريب وجهتي نظر الطرفين والتوفيق بينهما بقصد إبرام العقد.

---

(١) انظر قانون الأوراق المالية والأنظمة والتعليمات الصادرة بمقتضاه والتي تنظم اعمال الوساطة في بيع وشراء الأوراق المالية.

(٢) تراعى الشروط المتعلقة بالوسيط التجاري الواردة في قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين.

وبهذه الصورة لا يبرم العقد ولا يكون طرفاً فيه، لأن التزاماته تقف عند الوساطة للتقريب بين وجهات نظر الطرفين ومحاولة التوفيق بينهما بقصد إبرام العقد، ويجوز أن ينص عقد السمسرة على أن التزام السمسار مقصور على إرشاد العميل عن أسماء الراغبين في التفاوض دون التدخل في المفاوضات، كذلك فإنه يجوز أن ينص العقد على أن السمسار مسؤول عن تقديم المساعدة في المفاوضات، أو انه مناب عن العميل في تكوين العقد بما يعني أنه يصبح وكيلاً عن عميله ويوقع العقد مع الطرف الآخر بهذه الصفة.

وإذا اشترط العقد بين السمار والعميل أن يضمن السمسار تنفيذ العقد مع الطرف الآخر فإن مثل هذا الشرط معتبر، كما يسأل السمسار عن حقيقة شخصية الطرف الآخر ويلتزم بتحري حقيقته قبل تقديمه للعميل، ومثل هذا الالتزام يقف عند حدود مسؤولية السمسار عن تقديم شركة وهمية أو شخصاً يحمل اسماً غير حقيقي ولكنه لا يسأل عن درجة ائتمان من يقدمه من هؤلاء لعميله إلا إذا كان على علم بالاضطراب المالي أو التوقف عن الدفع وسكت عن إخبار عميله[1].

بالإضافة لما ذكر فإنه لا يجوز للسمسار أن يأخذ العملية لنفسه بحيث يشتري أو يبيع لنفسه ما كان عميله كلفه بشرائه أو بيعه ومثل هذا الإجراء من جانب السمسار يكون قابلاً للبطلان لمصلحة العميل.

أما بخصوص مسؤولية السمسار عن أعمال نائبه فتقوم في مواجهته عندما لا يكون مأذوناً بذلك ممن فوضه بالتوسط لإبرام العقد، وبمثل هذه الحالة تقوم المسؤولية عن أخطاء النائب في مواجهة السمسار باعتباره يسأل عن عمل نائبه كما لو كانت أخطاء هذا النائب صادره منه، وتقوم علاقة السمسار والعميل على الاعتبار الشخصي، على أنه إذا كان السمسار مأذوناً في تعيين نائب له دون ذكر شخص هذا النائب فإن السمسار لا يسأل عن أخطاء الثاني في تنفيذ المهمة المكلف بها إلا إذا كان اخطأ في التعليمات التي أصدرها له.

---

(١) انظر د. علي العريف. المرجع السابق ص٢٦٢، وانظر نص المادة (١٠٣) من قانون التجارة وتضمنت: "لا يحق للسمسار ان يتوسط لأشخاص اشتهروا بعدم ملاءتهم او يعلم بعدم اهليتهم".

كما أن السمسار يسأل في مواجهة عميله عن الخطأ والإهمال أو الغش الذي يرتكبه أثناء تأدية العمل الذي كلف القيام به، ومن هذه الأخطاء التوسط لإبرام العقود مع الأشخاص الذين يقرب وجهات نظرهم من بعضهم البعض ولا يسأل إذا تبين أن أحدهم غير مليء.

إلا أنه يسأل إذا قدم شخصاً يعلم انه معسر أو غير قادر على الوفاء بتنفيذ التزاماته لأنه إن فعل ذلك يكون قد وقع في خطأ لا يجوز أن يقع فيه السمسار العادي، لأنه ملزم بإطلاع عميله على الحالة المالية للطرف الآخر وعلى الصفة الشخصية التي يتعاقد بموجبها هذا الطرف.

ويسأل السمسار إذا أخطأ ولم يحفظ العينات التي تم التعاقد على أساسها وكذلك إذا لم يحفظ الوثائق المتعلقة بالمعاملات[1]، وألزم المشرع السمسار بالخضوع للأحكام في قانون التجارة لجهة الاحتفاظ بالدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري باعتباره تاجراً.

ويسأل السمسار إن هو عمل لمصلحة المتعاقد الآخر على حساب عميله، ويسأل عن قيامه في ظروف لا تتفق مع قواعد حسن النية[2].

ثانياً: حقوق السمسار

١- حق السمسار بالأجر:

وذلك وفق ما نصت عليه المادة ٩٩ فقرة ١ من قانون التجارة ويطلق على الأجر اصطلاح السمسرة، ويقع هذا الالتزام على عاتق عميل السمسار أي ذلك الذي كلفه

---

(١) نصت المادة ١٠٤ من قانون التجارة على ما يلي:

أ- يجب على السمسار ان يسجل جميع المعاملات التي عقدت بواسطته مع نصوصها وشروطها الخاصة وأن يحفظ الوثائق المختصة بها ويعطي عن كل ذلك صورة طبق الأصل لكل من يطلبها من المتعاقدين.

ب- وفي البيوع بالعينة يجب عليه أن يحتفظ بالعينة إلى أن تتم العملية.

(٢) نصت المادة (١٠٢) من قانون التجارة على: "يفقد السمسار كل حق في الأجر وفي استرجاع النفقات التي صرفها إذا عمل لمصلحة المتعاقد الآخر بما يخالف التزامه أو إذا حمل هذا المتعاقد الآخر على وعده بأجر ما في ظروف تمنع فيها قواعد حسن النية من أخذ هذا الوعد".

بأن يرشده إلى الآخر، إلا إذا كان الطرفان كلفا السمسار فعندها يستحق السمسرة في مواجهة كل منهما[1].

ويرتب عقد السمسرة كذلك حقاً للسمسار في استرداد المصاريف التي أنفقها بمناسبة عمله الذي كلف القيام به وكذلك التعويض عن الجهد الذي بذله بمسعاه في إبرام الصفقة.

وهكذا فإن شروط استحقاق الأجرة هي:

أ- **وجود عقد سمسرة فيما بين السمسار والعميل:** يجب أن يرتبط السمسار مع العميل بعقد إذ بدون هذا العقد لا يستحق السمسار أي أجر ويكون تصرفه فضولياً لا يستحق عنه شيئاً بدعوى الفضالة إلا إذا تحققت أركانها.

وعقد السمسرة يتضمن تعويضاً من العميل للسمسار بأن يقوم الأخير بالبحث عن متعاقد ضمن شروط العقد.

ب- **نجاح السمسار في المهمة المكلف بها:** بما أن عقد السمسرة من العقود الاحتمالية وهو غير محقق فإن استحقاق الأجر يكون معلقاً على إبرام العقد المقصود والمطلوب الوساطة فيه، لأنه إذا لم يتم العقد بسبب من الأسباب كعدم وجود راغب فلا محل للأجر.

والخلاصة فإن نجاح السمسار هو إبرام العقد المقصود عند الموكل وطبقاً لقواعد حسن النية والعرف ولا يكفي مجرد تفاهم العميل مع الغير.

ج- **إبرام العقد بتدخل السمسار:** لا بد أن يكون إبرام العقد راجعاً إلى السمسار بمعنى انه لولا تدخله لما حصل تلاق عند الطرفين، وإذا حصل إبرام العقد بدون تدخل فلا محل للأجر، وعقد السمسرة ليس من عقود التبرع، ولا هو عقد مقامرة، بل هو عقد معاوضة ملزم لجانبين، ويعتبر الأجر مقابل تدخل السمار المؤثر في إبرام العقد، وإذا كانت القاعدة أن

---

(١) راجع د. علي العريف. المرجع السابق. ص٢٦٦، د. فوزي محمد سامي. المرجع السابق. ص٣١٨، د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص٨٠ ويقول: "ويستحق السمسار اجرة من الطرف الذي كلفه بالسعي لابرام الصفقة، فإذا كلفه الطرفان معاً يستحق عمولته منهما معاً ولكن دون تضامن بينهما"، د. يعقوب صرخوه. المرجع السابق. ص٤١٧.

السمسار يستحق أجرة بمجرد انعقاد العقد الذي يتوسط فيه، فإنه لا يستحق هذا الأجر استثناء إلا بتمام التنفيذ إذا اشترط عليه العميل ذلك عند التعاقد ويسمى السمسار في هذه الحالة "السمسار الضامن".

وهكذا نرى أن السمسار يستحق أجرة بتوافر الشروط المتقدمة وأن ما ورد في قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين لا يقيد حق السمسار المنصوص عليه في المادة ١٠١ من قانون التجارة، حتى وإن كان النص بعد سماع الدعوى لأن الحق ثابت رغم وجود مانع من سماع الدعوى بالإضافة إلى ذلك فإن قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين لا يطبق على الأشخاص الذين يمارسون الوكالة أو الوساطة المحلية بما يعني أن فئة السماسرة الذين يمارسون عملهم داخل حدود المملكة لا يخضعون لأحكامه.

٢- حق السمسار في استرداد النفقات التي تكبدها:

إذا اقتضى تكليف العميل للسمسار نفقات سفر أو نفقات إعلانات في الصحف فإن من حق السمسار أن يطالب باسترداد تلك النفقات إذا تضمن العقد شرطاً باستردادها، ونصت المادة ١٠١ فقرة ٣ بأنه: "وإذا اشترط إرجاع النفقات التي صرفها السمسار فترجع له وإن لم يتم الاتفاق".

ورغم هذا الحكم فإن السمسار يفقد حقه في استرداد النفقات إذا عمل لمصلحة المتعاقد الآخر بما يخالف التزاماته أو إذا حمل هذا المتعاقد الآخر على وعده بأجر ما في ظروف تمنع فيها قواعد حسن النية من أخذ هذا الوعد "المادة ١٠٢ تجارة"[1].

والأصل أن السمسار لا يستحق سوى الأجرة المتفق عليها وأنه إذا اتفق مع عميله على استرداد النفقات التي سيتكبدها فإنه يستحقها. ذلك لأنه إذا قام بعمل بناء على طلب العميل وتكبد في سبيل تنفيذ ذلك نفقات خاصة كالسفر إلى محل المتعاقد الآخر أو إعلانات في الصحف أو استعان بخبير لفحص الصفقة، فإنه يستحق استرداد

---

(١) انظر د. محمد اسماعيل. المرجع السابق ص٢٤٧ ويرى ان من حق السمسار استرداد النفقات التي تكبدها سواء اكان هناك اتفاق مع عميله على ذلك أو لم يكن ويرى كذلك ان هناك نفقات غير عادية يستردها السمسار وفق نص المادة ١٠٢ اي عند وجود شرط بذلك، ويرى عكس ذلك د. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص٢٥١، ود. يعقوب صرخوه. المرجع السابق ص٤١٢.

هذه النفقات وإذا لم يكن هناك مثل هذا الاتفاق فإن النفقات التي يتكبدها تعتبر مستلزمات قيامه بعمله وممارسة مهنته ولا يحق له استردادها.

٣- حق السمسار في التعويض:

القاعدة العامة أن السمسار يستحق أجراً مقابل جهده الذي بذله للعثور على شخص آخر يبرم صفقة مع عميله، وإذا فشل في مسعاه فإنه لا يستحق شيئاً، ومع ذلك فإن السمسار الذي ينفذ شروط عميله كما طلبها في عقد السمسرة لجهة البحث عن المتعاقد الآخر وتقديمه إلى العميل ووفق شروط العقد المبرم مع هذا العميل، فإن عنت العميل في إبرام العقد رغم تحقق الشروط التي طلبها يعد خطأ من جانبه على نحو يشكل أحد أركان مسؤوليته في مواجهة السمسار، وأنه إذا لحق بالسمسار ضرر بسبب هذا الخطأ على نحو يرتبط الخطأ بالضرر بعلاقة السببية فإن من حق السمسار الرجوع على العميل بالضرر الذي أصابه[1].

---

(١) ذهب فريق من الفقه إلى ان السمسار يستحق التعويض الناتج عن خطأ العميل وفقاً للقواعد العامة المتضمنة انه يتم التعاقد مع ما يوجبه حسن النية. انظر د. علي العريف. المرجع السابق ص٢٦٥، د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص٨٢، د. محمد إسماعيل. المرجع السابق. ص٣٤٧، د. يعقوب صرخوه. المرجع السابق ص٤١٤.

الباب الثاني

الأوراق التجارية

الباب الثاني

الأوراق التجاريـــة

تمهيـــد:

لم يتصد المشرع في قانون التجارة إلى تعريف للأوراق التجارية شأنه شأن باقي التشريعات واكتفى ببيان أنواعها معلناً إحدى خصائصها بأنها أسناد قابلة للتداول تشتمل على:

١- سند السحب. ٢- سند الأمر.

٣- الشيك. ٤- السند لحامله.

وجاءت تسمية هذه الأوراق على سبيل المثال بما يعني أنه لا مانع من اعتبار الورقة تجارية إذا توافرت فيها خصائص هذه الأوراق[1].

أما خصائص الأوراق التجارية فهي:

١- أن تكون الورقة قابلة للتداول بالطرق التجارية وتكون كذلك إذا كانت لأمر الدائن أو لأمر حاملها.

٢- أن تمثل حقاً يكون موضوعه مبلغاً من النقود.

٣- أن تكون قيمة الورقة معينة المقدار نقداً وغير معلقة على شرط أو إلى أجل غير معين.

٤- أن تتضمن الورقة التزاماً بدفع مبلغ من النقود في موعد واحد معين[2].

وتقوم الأوراق التجارية بوظائف اقتصادية وتعد أداة وفاء عندما يكون أجل استحقاقها قد حل، وتكون أداة ائتمان إذا كانت آجلة ولم يحل هذا الأجل.

---

(١) انظر المواد ٢٨٢- ٢٨٩ من قانون التجارة حيث وردت الأحكام المتعلقة بسائر الأسناد القابلة للانتقال بطريقة التظهير والأسناد التي تخول الحق بقيم متساوية من المال ويمكن تسعيرها في الأسواق المالية.

(٢) انظر د. محمود الكيلاني: القانون التجاري. الأوراق التجارية ط٤ ٩٤ ص ١٨.

وسيكون حديثنا عن الأوراق التجارية موزعاً في ثلاثة فصول على الوجه التالي:

الفصل الأول: سند السحب.

الفصل الثاني: السند الأذني "السند لأمر. الكمبيالة".

الفصل الثالث: الشيك.

الفصل الأول
سـنـد السـحـب

نستهل الحديث عن سند السحب بأنه وجد كأداة لتنفيذ عقد الصرف في التعامل التجاري بقصد تجنب نقل النقود، وتطور هذا السند ليصبح أداة وفاء عوضاً عن التعامل بالنقود، وانتهى هذا التطور ليستقر سند السحب كورقة تجارية تؤدي وظيفتها كأداة وفاء عندما يتم تحريره بتاريخ يتزامن مع تاريخ استحقاقه، وكأداة ائتمان عندما يعطي المدين مهلة للوفاء بحيث يكون تاريخ الاستحقاق لاحقاً لتاريخ تحرير السند.

وعرفت المادة (١٢٣) فقرة أ من قانون التجارة سند السحب بأنه:

"محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون يتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو لحامل السند مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع عليه أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين".

كما تضمنت المواد ١٢٤ ـ ٢٢١ الأحكام التفصيلية المتعلقة بسند السحب، ووزع المشرع هذه الأحكام على عشرة فصول كانت عنواناتها على النحو التالي: إنشاء سند السحب وصيغته، مقابل الوفاء، تداول سند السحب، الضمان الاحتياطي، الاستحقاق، المطالبة والرجوع، التدخل، تعدد النسخ والصور، التحريف، التقادم.

وسنقوم بدورنا بمناقشة أحكام سند السحب على ضوء النصوص الواردة في قانون التجارة، غير أننا لن تتبع خطة المشرع في توزيع تلك الأحكام، بل سنناقشها وفق خطة تضمنت الفصول التالية:

المبحث الأول: إنشاء سند السحب.

المبحث الثاني: تداول سند السحب.

المبحث الثالث: الوفاء بسند السحب وضمانات الوفاء.

المبحث الأول
إنشاء سند السحب

سند السحب أثر لاتفاق سابق عليه نشأ نتيجة تصرفات قانونية، ولا بد لإنشاء هذا السند من توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية لكي ينتج الآثار التي اتجهت إلى إحداثها إرادة أطرافه، ولا تنتج هذه الآثار إلا إذا تم إنشاء هذا السند صحيحاً، ويكون كذلك بتوافر الشروط الموضوعية والشكلية.

البند الأول: الشروط الموضوعية

الشروط الموضوعية كما هو متعارف عليها ينطوي تحتها الرضا والمحل والسبب والأهلية، وهي من الموضوعات التي تحدث الفقه عنها كثيراً، لذلك لن نطيل الحديث عنها، ونكتفي بالإحالة إلى مؤلفات فقهاء القانون المدني والتجاري، بالإضافة إلى النصوص القانونية التي أوردت أحكامها.

ولعل من المفيد أن نوجز هذه الموضوعات بالقول: إن الرضا لا بد أن يتوافر عند الشخص الذي يحرر سند السحب، ذلك لأنه يلتزم بإرادته، وهو ذات الشأن للمستفيد، إذ يستفاد رضاه من استلام السند وحيازته له، على أن هذا الرضا لا بد أن يكون خال من العيوب بحيث تكون الإرادة حرة واعية غير معيبة، لأنه لو شاب إرادة المدين عيب من عيوب الرضا، لجاز له التمسك بالبطلان المترتب على هذا العيب في علاقته بدائنه المباشر، وكذلك في علاقته بحامل السند سيء النية[1].

والشروط الموضوعية الواجب توافرها عند إنشاء سند السحب هي شروط العقد كما وردت في القانون المدني حيث نصت عليها المواد ١١٦ ـ ١٦٦ بما يفيد أن هذه الشروط هي أهلية التعاقد التي تتضمن الرضا وخلوه من الإكراه والتغرير والغبن والغلط وأيضاً المحل والسبب وتضمن النص أنه لا بد لكل عقد من محل يضاف إليه، وذكرت المواد ١٥٧ ـ ١٦٤ من القانون المدني الأحكام المتعلقة بالمحل.

---

(١) انظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص ٢٦٨.

وفيما يتعلق بالسبب فكما عرفته المادة (١٦٥) من القانون المدني بأنه الغرض المباشر المقصود من العقد، ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام والآداب.

ومحل الالتزام في سند السحب مبلغ من النقود ذلك لأنه إذا تضمنت الورقة التجارية أن محلها غير النقود تخرج من زمرة الأوراق التجارية، وعلى هذا النحو فإن محل الالتزام في سند السحب يكون مشروعاً لأن محله لا يجوز أن يكون غير النقود.

أما سبب الالتزام فهو الغرض المباشر من اتجاه نية الساحب لتحقيق آثار إرادته وهي أن يترتب عليها هذا الالتزام، وهذا الغرض لا بد أن يكون مشروعاً، بحيث يبطل التزام الساحب إن هو سحب سنداً وفاء لدين غير مشروع، على أنه إذا جاز للساحب أن يتمسك قبل المستفيد ببطلان التصرف في السند لهذا السبب، فإنه غير جائز له ان يتمسك بالبطلان لعدم مشروعية السبب في مواجهة الحامل غير المستفيد الأول إذا كان الأخير حسن النية[1].

ورغم ذلك فإن المشرع يفترض أن الغرض المباشر المقصود مشروع لافتراض وجود المنفعة المشروعة، إلا إذا قام الدليل على غير ذلك[2].

ولعل المشرع قصد أن يكون سبب الالتزام هو العلاقة الأصلية التي من أجلها ترتب هذا الالتزام كأثر لها، وقد تكون هذه العلاقة بعوض، كما لو كانت بيعاً أصبح بموجبه الساحب مديناً بالثمن، أو قرضاً أصبح فيه مديناً بقيمته، أو وكالة أصبح فيها مديناً بأجر الوكيل أو المصاريف التي أنفقها، وقد تكون العلاقة تبرعية، كما إذا قصد الساحب أن يهب المستفيد المبلغ المذكور في السند.

ولأن العلاقة الأصلية هي سبب الالتزام في سند السحب إلا أن الواجب ألا تخالف النظام العام أو الآداب وإلا بطل الالتزام لانعدام سببه أو لعدم مشروعيته[3].

---

(١) د. محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق ص ٢٦٩، د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٣٧.

(٢) انظر نص المادة (٢/١٦٦) من القانون المدني وما يقابلها في القانون المدني المصري المادة (١/١٣٧) التي نصت على أن " كل التزام لم يذكر له سبب في العقد يفترض ان له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك".

(٣) انظر نص المادة (١٣٦) من القانون المدني المصري وورد فيه: " إذا لم يكن للالتزام سبب، أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً".

أما عن الأهلية، فيشترط أن يتمتع الملتزم في سند السحب بالأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية، على نحو يكون فيه غير مصاب بعارض من عوارضها، بالإضافة إلى ضرورة بلوغه ثماني عشرة سنة من عمره أو خمس عشرة سنة ومأذوناً له بممارسة التجارة.

تلك هي أحكام القانون المدني المتعلقة بالأهلية التي أحال قانون التجارة في المادة (١٥) منه إلى هذه الأحكام[١]، وتضمنت هذه الأحكام أن القاصر المأذون له بمزاولة التجارة يكون متمتعاً بالأهلية التجارية وتكون تصرفاته الداخلة تحت الإذن صحيحة[٢]، وعلى ذلك فإن تصرفات عديم الأهلية باطلة، إلا أن نص المادة (١٣٠) من قانون التجارة جاء بحكم خاص ينطبق على من لا تتوافر فيهم أهلية الالتزام بسند السحب من الأشخاص الموقعين عليه. وورد في هذا النص أن تواقيع الأشخاص ممن لا تتوافر فيهم أهلية الالتزام لا يحول دون صحة التزام موقعي السند الآخرين، وبهذا الحكم يصبح توقيع عديم الأهلية وناقصها كتصرف صدر عنه قابلاً للإبطال لصالحه فقط دون غيره من ذوي المصلحة، لأنه على الرغم من إمكانية تمسك التاجر غير المأذون له بالاتجار، وعديم الأهلية ببطلان الالتزام الثابت في سند السحب، إلا أن هذا البطلان لا يمتد إلى بقية التوقيعات إعمالاً لمبدأ استقلال التوقيعات[٣].

---

(١) تنص المادة (١٥) من قانون التجارة الأردني على انه: "تخضع الأهلية التجارية لأحكام القانون المدني"، وتنص المادة (٤٣) من القانون المدني على ان " كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة ".

(٢) انظر نص المادة (١٢٠) من القانون المدني وورد على النحو التالي: "الصغير المأذون في التصرفات الداخلة تحت الإذن كالبالغ سن الرشد"، راجع د. محمد إسماعيل. القانون التجاري الأردني ط ١٩٨٥ ص١٢٥ وما بعدها.

(٣) انظر د. سميحة القليوبي. الأوراق التجارية ط ١٩٨٧ ص ٤٠ وما بعدها، وكذلك د. مصطفى كمال طه: القانون التجاري. الأوراق التجارية ص ٣٢، ود. علي جمال الدين عوض: القانون التجاري ط٨٢ واما الشروط الموضوعية بأنها رضا الساحب ورضا المستفيد، وأن يكون هذا الرضا سليماً خالياً من الإكراه او الغلط، والمحل الذي هو دفع مبلغ نقدي وهو دائماً مشروع، والسبب الذي هو العملية الأصلية بين الساحب والمستفيد والذي حرر السند تسوية لها، والأهلية، واضاف المؤلف: " أن القاصر المأذون بالتجارة فلا محل لحمايته لأنه ـ وقد أصبح تاجراً ـ يفترض انه يدرك تماماً نتيجة تصرفاته فلا محل لحمايته حماية استثنائية ".

البند الثاني: الشروط الشكلية

نصت المادة (١٢٣) من قانون التجارة على أن سند السحب محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون، وبهذا لا يتصور أن يكون هناك سند غير مكتوب، وهذه الكتابة من الشروط التي حددها القانون وهي في سند السحب كما وردت في المادة (١٢٣) وما يليها.

هذا ونصت ذات المادة من القانون على أن سند السحب يتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر هو المسحوب عليه بأن يدفع لأمر شخص ثالث هو المستفيد أو حامل السند مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع عليه أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين.

لهذا فإن إنشاء سند السحب يكون وفق صيغة تشتمل على البيانات المحددة في القانون وهذه البيانات عددتها الفقرات أ- ح من المادة (١٢٤)، ويستدل من ذلك على أن السند ليس له وجود إلا إذا صدر مكتوباً وبذلك يمتنع إقامة الدليل على إصدار السند بالبينة أو الإقرار أو اليمين، وأنه لا يجوز تكملة ما نقص من البيانات بالاستعانة بوسائل إثبات خارجة عن سند السحب ذاته[1].

أما البيانات الواجب توافرها في سند السحب فهي كما ذكرتها المادة (١٢٤) من قانون التجارة:

أولاً: كلمة بوليصة أو سفتجة أو سند سحب مكتوبة في متن السند وباللغة التي كتب بها

تطلب القانون أن تذكر كلمة بوليصة أو سفتجة أو سند سحب للدلالة على هذا الصك، وبيان ماهيته بصورة واضحة. كأن يذكر "ادفعوا بموجب هذه السفتجة مبلغ ....." أو أن ترد كلمة سند سحب أو سفتجة أو بوليصة في أعلى الصك. وأهمية تدوين هذه الكلمة في السند تبدو في أن ذكر اللفظ الذي يدل على سند السحب ينتج عنه أن

---

(١) انظر د.مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص (٢٨) ويقول: (إن الكتابة لا يقتصر دورها على أن تكون مجرد اداة لإثبات علاقة قانونية، بل هي شكل جوهري منشئ للالتزام الصرفي) وقارن د.أدوار عيد : المرجع السابق ص (١٢٠) ويقول:(غير أن طرق الإثبات هذه تكون جائزة طبقاً للقواعد العامة للتدليل على وجود الالتزام الأصلي الذي من أجله أنشئ السند وجرى التوقيع عليه).

هذا السند قابل للتداول بطريق التظهير دون حاجة لذكر عبارة "لإذن" أو "لأمر" ما لم يشترط الساحب عكس ذلك صراحة في السند. بتدوين عبارة "ليس لإذن، ليس لأمر" للمستفيد الأول أو أية عبارة بهذا المعنى. والسند الذي يخلو من البيان المنوه عنه وهو كلمة بوليصة أو سفتجة أو سند سحب ينقلب إلى سند عادي[1].

ثانياً: أمر غير معلق شرط بأداء قدر معين من النقود

يفترض هذا البيان أن الأمر بالدفع لا يعلق على شرط حتى لا يكون وفاء السند في موعد استحقاقه أمراً احتمالياً، ذلك لأن هذا السند ـ وكما هي وظيفته ـ أداة وفاء أو أداة ائتمان يتعين أن يكون الوفاء بقيمته محققاً، وهو أداة وفاء إذا تزامن وقت استحقاقه مع تاريخ إنشائه وأداة ائتمان إذا كان موعد استحقاقه يحل في وقت لاحق لتاريخ إنشائه.

واشترط قانون التجارة في المادة (١٢٤) منه ذكر هذا البيان بما يفيد تجريده من أي شرط، ومفاد ذلك أن الساحب يأمر المسحوب عليه أن يدفع للمستفيد مبلغاً من النقود بمجرد الاطلاع عليه أو بعد فترة محددة أو بتاريخ معين، وترد عبارة الأمر هذه على نحو يؤدي المعنى المقصود في القانون شريطة أن ترد صريحة لا يشوبها غموض، والشرط المقصود هو المتعلق بالأمر أي أن الأمر هو الواجب تجريده من الشرط الذي يعلق على تحققه.

أما إخضاع المستفيد إلى شرط آخر كتسليم مستندات إلى المسحوب عليه للحصول على قيمة السند ـ كما هو الحال في السند المسحوب لقاء تسليم الوثائق المتعلقة بملكية البضاعة[2] ـ فلا يؤثر في كون سند السحب أداة وفاء أو أداة ائتمان. ولا في كونه يتضمن أمراً بالدفع لا يعلق على شرط.

ثالثاً: اسم الملتزم بالأداء ـ المسحوب عليه

اشترط القانون أن يشتمل سند السحب على ذكر اسم المسحوب عليه، وهذا يعني وجوب ذكر هذا الاسم وهو الشخص الذي يصدر له الأمر لدفع قيمة السند

---

(١) د. ادوار عيد: الاسناد التجارية ص (١٢٣).

(٢) انظر د. أدوار عيد: المرجع السابق ص (١٢٦).

وينبني ذلك على افتراض وجود علاقة قانونية سابقة على إنشاء السند على نحو يكون فيه الساحب دائناً للمسحوب عليه بما يجعله في مركز الآمر بالوفاء[1]. ومع ذلك لا يجبر المسحوب عليه على الوفاء إلا إذا كان قد أشر على السند بالقبول، وهو ما يفيد التزامه بهذا الوفاء. ولا أثر للعلاقة السابقة الناشئة بين الساحب والمسحوب عليه والتي أصدر بمقتضاها أمراً بالدفع للثاني، لأن هذه العلاقة تلزم المسحوب عليه بالوفاء للساحب دون غيره.

رابعاً: تاريخ الاستحقاق

اشترط قانون التجارة في سند السحب أن يتضمن تاريخاً لاستحقاق المبلغ الذي ورد فيه، ولهذا البيان أهمية قصوى، إذ هو يعين الوقت الذي يجب على الحامل تقديم السند للوفاء به، وكذلك الأمر بشأن المهل الواجب استعمال حق الرجوع خلالها بالإضافة إلى أن تاريخ الاستحقاق يحدد بدء سريان التقادم على الدعاوى الناشئة عن السند.

وعلى الرغم من أهمية تاريخ الاستحقاق إلا أن قانون التجارة عده من البيانات التي لا يفقد سند السحب صفته بعدم ذكره[2]. وذكرت المادتان ١٢٥/أ، ١٢٨/أ أن ميعاد استحقاق سند السحب يكون إما بالموعد المبين فيه، وإما لدى الاطلاع عليه أو بعد مدة من إنشائه.

خامساً: مكان الأداء

هو ذلك المكان الذي يتعين على المسحوب عليه أن يفي فيه قيمة سند السحب للمستفيد، وهذا البيان لا يفقد السند صفته بعدم ذكره، إذ نصت المادة ٢٥/ب على أن عدم ذكر مكان الأداء في السند يستعاض عنه بالمكان الذي يذكر بجانب اسم

---

(١) انظر د. سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ط(١٩٨٧) ص (٥٠) وتقول: (ولذلك يصدر الساحب أمراً للمسحوب عليه بالوفاء بمبلغ الكمبيالة في حدود هذه العلاقة القانونية السابقة. وتعرف هذه العلاقة التي هي اساس التزام المسحوب عليه قبل الساحب بما يسمى مقابل الوفاء).

(٢) تنص المادة (١٢٥/أ) على ان (سند السحب الخالي من ذكر تاريخ الاستحقاق يكون مستحق الأداء لدى الاطلاع عليه). وانظر د. سميحة القليوبي: المرجع السابق ص (٥٧) وتقول: (كما يجب أن يتضمن الصك تاريخاً واحداً للاستحقاق وإلا فقد قيمته كورقة تجارية إلى صك مدني).

المسحوب عليه، ويعد ذلك مكاناً للدفع وموطناً للمسحوب عليه في الوقت نفسه. وفحوى نص المادة السالفة يؤكد أن سند السحب يجوز أن يكون مستحق الأداء في مكان لا يقيم به المسحوب عليه، وتقرر أنه من الجائز أن يتضمن السند أكثر من مكان للوفاء به وهو ما يتناسب وطبيعة الأعمال التجارية عموماً والأوراق التجارية خصوصاً[1]. وأنه إذا لم يذكر مكان الوفاء بالسند كأحد البيانات اللازمة لصحة السند، ولم يذكر كذلك محلاً بجانب اسم المسحوب عليه كمحل للوفاء ومحل لإقامة المسحوب عليه المادة ١٢٥/ب فلا يفقد السند صفته كسند سحب[2]؛ ذلك لأن الفقرة ج من المادة (١٢٥) أكدت أن مكان عمل المسحوب عليه أو محل إقامته يعد مكاناً للأداء، وإذا تضمن السند أكثر من مكان للوفاء به فللحامل اختيار أي منها، وأجازت المادة (١٢٧) من قانون التجارة أنه يشترط أداء سند السحب في موطن شخص آخر سواء أكان ذلك الموطن هو الذي يقيم فيه المسحوب عليه أم غيره[3].

سادساً: اسم المستفيد

المستفيد هو من يجب الوفاء له أو لأمره، وهو الحامل وهو المالك لهذا السند بصورة مشروعة وقد يكون وكيله. وهذا البيان يجب ذكره بصورة واضحة لا لبس فيها وهو على نحو ما جرى عليه العرف يجب ذكر اسم المستفيد وشهرته، أو اسمه التجاري. وبناء على ذلك فإنه من غير الجائز القول: "ادفعوا بموجب هذا السند لأمر ورثة فلان" وإذا كان الغالب أن يكون المستفيد من سند السحب شخصاً آخر غير

(١) ذهب رأي آخر إلى عدم جواز تعين أكثر من مكان للوفاء بسند السحب. انظر د. أدوار عيد: المرجع السابق ص (١٣٦) ورأينا كما رأى بأنه يجوز أن تتعدد أمكنة الوفاء بشرط أن يكون ذلك على سبيل التخيير بحيث يقدم السند في أحد الأمكنة فقط.

(٢) يقول الأستاذ د.ادوار عيد: إن السند يعد باطلاً كسند سحب إذا لم يعين فيه أي من المكانين المذكورين وهما: مكان الوفاء او المحل المذكور بجانب اسم المسحوب عليه. المرجع السابق ص (١٣٦) وقارن د. سميحة القليوبي: المرجع السابق ص (٨٥) وتقول: (ويلاحظ ان خلو الصك من هذا البيان لا يؤدي إلى بطلانه كورقة تجارية طالما موضح الصك موطن المسحوب عليه).

(٣) انظر د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٢٨٢) ويرى أن عدم ذكر مكان الوفاء ليس من شأنه ان يؤدي إلى بطلان سند السحب، وإنما يعد محل المسحوب عليه هو مكان الوفاء، تطبيقاً للقواعد العامة التي تقضي بأن يكون مكان الوفاء في المكان الذي يوجد فيه موطن المدين وقت الوفاء او في المكان الذي يوجد فيه مركز اعمال المدين إذا كان الالتزام متعلقاً بهذه الأعمال.

الساحب أو المسحوب عليه فذلك لا يمنع أن يكون هذا الساحب أو المسحوب عليه هو المستفيد. وهذا الفرض "الساحب أو المسحوب عليه هو المستفيد" يتحقق عندما يسعى المستفيد للحصول على قبول المسحوب عليه لسند السحب وهو في ذلك يجد من يقبل أن يظهر إليه هذا السند طالما حاز قبول المسحوب عليه سلفاً.

ولا يتحقق ذات الغرض عندما يرفض الدائن سند السحب كوسيلة للوفاء إلا بعد قبوله من المسحوب عليه ، مما يضطر الساحب إلى أن يقيم نفسه مستفيداً ثم يظهره بعد ذلك إلى دائنه بعد أن يكون المسحوب عليه قد وقعه بالقبول [1].

وأثار موضوع تقييم الساحب نفسه مستفيداً في سند السحب جدلاً كبيراً حول تحويل السند إلى سند إذني على نحو يبعده عن صفته كسند سحب. ولا نريد مناقشة ذلك لأن نص المادة (١٢٦) من قانون التجارة حسم هذا الخلاف عندما أجاز سحب سند السحب لأمر الساحب نفسه أو سحبه عليه [2].

سابعاً: تاريخ إنشاء سند السحب ومكانه

يشتمل سند السحب على تاريخ إنشائه ومكانه. وهو بيان أورده نص المادة (١٢٤) من قانون التجارة.

وتبدو أهمية ذكر بيان تاريخ الإنشاء في نواح متعددة. من بينها معرفة أهلية الساحب وقت إنشاء السند ، وتحديد ما إذا كان قد صدر في فترة الريبة التي تسبق شهر إفلاس التاجر ، وتقدم حملة السند بعضهم على بعضهم الآخر عند صدور عدة سندات لا يكفي مقابل الوفاء لها جميعاً ، وفي هذه الحالة يتقدم حامل السند الأسبق تاريخاً على غيره[3].

كما وتبدو أهمية تاريخ إنشاء سند السحب في أثره في تحديد تاريخ استحقاقه وخاصة عندما يحدد هذا التاريخ بعد مدة معينة من تاريخ سحبه. وكذلك إذا كان

---

(١) انظر د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٢٨٤).

(٢) انظر نص المادة (١/١٢٦ و ٢).

(٣) انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص (٤٩).

واجب الدفع لدى الاطلاع عليه أو بعد مدة معينة من الاطلاع فإنه يترتب على عدم مراعاة هذه المدة سقوط حق الحامل في الرجوع إلى الضامنين الموقعين على السند[1].

ومن جهة ثانية فإن عدم ذكر تاريخ إنشاء السند ومكان هذا الإنشاء لا يبطله ولا يؤثر في صحته، ذلك لأن الفقرتين د ،هـ من المادة (١٢٥) من قانون التجارة نصت على أن السند الخالي من ذكر مكان إنشائه يعد وكأنه أنشئ في المكان المعين بجانب اسم ساحبه أو في المكان الذي وقع فيه الساحب فعلاً، وأن السند الخالي من ذكر تاريخ إنشائه ـ فيعد التاريخ الحقيقي الذي تم فيه تسليم السند للمستفيد أو الحامل ـ هو تاريخ إنشائه[2]. وهذا النص يوضح أهمية ذكر تاريخ إنشاء سند السحب بما يفوق أهمية مكان الإنشاء؛ ذلك لأن مكان إنشاء السند كان مهماً في الوقت الذي كان فيه هذا السند أداة لتنفيذ عقد الصرف. ويترتب عليه اشتراط اختلاف مكان السحب عن مكان الوفاء[3]. أما الآن فقد تضاءلت معه أهمية عدم ذكر مكان إنشائه.

ثامناً: توقيع الساحب

ساحب السند هو الملتزم بما تضمنه وإذا كان السند أثراً لعلاقة قانونية سابقة، فإن لهذا السند أثراً هاماً هو اعتراف ساحبه بمديونيته للمستفيد على نحو يلتزم فيه بدفع قيمته بتاريخ استحقاقه، ولا يكون له هذا الأثر إلا إذا تضمن توقيع ساحبه[4].

---

(١) انظر نص المادتين (١٨٣/ ١٩٠) من قانون التجارة راجع د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٢٧٦).

(٢) راجع المادة (١٢٥) فقرة د و (١٢٥) فقرة هـ انظر د. محمود سمير الشرقاوي حيث يقول: (ومع ذلك فإنه إذا ثبت عدم صحة التاريخ المذكور في الكمبيالة فلا يؤثر هذا على صحتها أو صفتها التجارية ما دام أن تغير التاريخ لا يخفي غشاً كإخفاء نقص اهلية الملتزم مثلاً).

(٣) انظر د.مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص (٤٩) ويقول: (ولذلك فإنه من غير المفهوم ان يتطلب القانون بيان مكان الإنشاء على أن لهذا البيان فائدته في الكمبيالات الدولية لحل ما قد يثور بشأنها من تنازع حول القوانين، ولتحديد القانون الواجب التطبيق وقارن د.سميحة القليوبي: الأوراق التجارية ط (١٩٨٧) ص (٥٣) حيث تقول أثناء حديثها عن مكان إنشاء سند السحب: (ويفيد ذكر هذا البيان خاصة إذا تضمنت الكمبيالة عنصراً اجنبياً، حيث إنه في حالة تنازع الاختصاص يطبق قانون البلد الذي حررت فيه الكمبيالة).

(٤) يقول د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٢٨٦): إن الساحب هو منشئ الكمبيالة وباعث الحياة فيها، لذلك يجب ان تتضمن الكمبيالة توقيعه.

وورد النص على توقيع الساحب في المادة (١٢٤) فقرة ح من قانون التجارة بأنه لا يعد السند الخالي من توقيع الساحب سند سحب، ومع ذلك فإنه يجوز أن يوقع سند السحب نيابة عن الساحب بحيث يتم التوقيع بوساطة وكيل الساحب، وإذا كان توقيع الساحب مزوراً فلا يلتزم بوفاء قيمته. وله أن يتمسك بالدفع بالتزوير في مواجهة حامل السند[١].

(١) انظر د. ادوار عيد: المرجع السابق ص (١٤٦).

المبحث الثاني
تداول سند السحب

إذا كان الحق المدني ينتقل عن طريق الحوالة ـ وهذه الحوالة يشترط لنفاذها قبول المحال عليه عملاً بنص المادة (٩٩٦) من القانون المدني ـ فإن الحق الثابت في سند السحب ينتقل هو أيضاً ولكن بطرق أيسر وأسهل من تلك التي تنتقل بوساطتها الحقوق المدنية.

ونصت المادة ١/١٤١ من قانون التجارة على أن "سند السحب قابل للتداول بطريق التظهير ولو لم يذكر فيه صراحة كلمة "الأمر" وهذا يعني أن السند يتم تداوله بتحويله إلى مستفيد غير المستفيد الأول وذلك بكتابة بيان على ظهره يفيد تنازل المظهر عن ملكيته للحق الثابت في السند إلى غيره. أو توكيل هذا الآخر بتحصيل قيمته أو وضع السند ضماناً أو رهناً"[1].

وهكذا فإن هناك طرقاً ثلاث يتم من خلالها تداول سند السحب عن طريق التظهير:

الأولى: عندما يتم تظهير السند على نحو ينقل فيه المظهر ملكية الحق في السند إلى المظهر إليه ـ التظهير الناقل للملكية ـ.

الثانية: عندما يتم تظهير السند على نحو يكون الغرض من ذلك تمكين المظهر إليه من تحصيل قيمة السند لحساب المظهر ـ التظهير التوكيلي.

الثالثة: عندما يكون الغرض من التظهير وضع قيمة السند على سبيل الضمان أو الرهن بحيث يكون مبلغ السند محلاً للرهن.

ونستعرض طرق تداول سند السحب الثلاث فيما يلي[2]:

(١) انظر نص المادة (١٤٨) التي تبحث في التظهير التوكيلي. والمادة (١٤٩) التي تبحث في التظهير التأميني.

(٢) د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٣١٦). د. أدوار عيد: المرجع السابق ص (٢٢٣).

البند الأول: التظهير الناقل للملكية

التظهير الناقل للملكية عبارة عن بيان يدونه المظهر على ظهر السند على نحو يتنازل بموجبه عن حقه في ملكيته، ويتم تنفيذاً لعلاقة قانونية سابقة نشأت فيما بين المظهر والمظهر إليه. ويتطلب التظهير الناقل للملكية شروطاً موضوعية وأخرى شكلية إذا ما تحققت أنتج السند المظهر آثاراً سنتحدث عنها بعد الحديث عن هذه الشروط[1].

أما الشروط الموضوعية فأولها: أن يكون المظهر حاملاً شرعياً للسند وهو المستفيد الأصلي. أو الحائز الذي وصل إليه السند بسلسلة غير منقطعة من التظهيرات. وهذا هو حكم المادة (١٤٦) من قانون التجارة التي نصت على أن "من بيده السند يعد حامله الشرعي متى أثبت أنه صاحب الحق فيه بتظهيرات متصلة بعضها ببعض ولو كان آخرها تظهيراً على بياض".

وفحوى هذا النص أن شرعية حق المظهر بهذا المعنى شرط ضروري لاستعمال جميع الحقوق الصرفية[2].

ومن الشروط الموضوعية بالإضافة إلى شرعية حق المظهر أهلية هذا المظهر وهي أهلية التوقيع على السند، إذ إن المظهر في مواجهة المظهر إليه يشغل نفس مركز الساحب الأصلي في مواجهة المستفيد.

وعلى هذا فإن تظهير ناقص الأهلية كالقاصر يقع باطلاً بالنسبة له[1]. ولأن سند السحب يعد تجارياً، إلا أن من يوقع عليه - ساحباً أو مظهراً - يشترط فيه أن يكون أهلاً

---

(١) يرى بعضهم ان التظهير عبارة عن قيام صاحب الحق في السند بتحويل حقه إلى شخص آخر، ويسمى التحويل بالفرنسية Endossement بما يعني انه بيان يكتب على ظهر السند ويشتمل على عبارات خاصة يطلب فيها المظهر (المحيل) من المدين المحال عليه وهو المسحوب عليه أن يقوم بدفع قيمة السند إلى شخص آخر هو المحال له أو المظهر له. انظر تفصيلاً في ذلك محمد علي راتب: السندات الإذنية ط١٩٤٨ ص (٨١) ويرى أن عبارة التحويل تشتمل على خمسة أنواع ذكرها على النحو التالي:

- تحويل ناقل للملكية. - تحويل توكيلي - تحويل على بياض - تحويل تأميني - تحويل تحت الحساب.

ويرى ايضاً ان نوعي التحويل على بياض وتحت الحساب ناقلان للملكية، بحيث يمكن وضعهما في حكم التحويل الناقل للملكية. قارن د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص (٧٠). ويرى أن التظهير ثلاثة انواع هي: الناقل للملكية والتوكيلي والتأميني.

(٢) انظر د.مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص (٧١).

للقيام بالأعمال التجارية على نحو يكون بالغاً سن الرشد ـ وهي ثمانية عشر عاماً ـ أو مأذوناً له بالتجارة.

وبناء على ذلك يمتنع على المفلس القيام بالتصرفات القانونية على نحو لا يجوز له تحرير الأوراق التجارية وفاء لديون بذمته، ويعد توقيع المفلس على السند بعد إشهار إفلاسه لا أثر له في مواجهة كتلة الدائنين، على الرغم من بقاء السند صحيحاً وما ينتج عن ذلك من بقاء التزامات الموقعين عليه قيد التنفيذ.

ويجوز أن يقوم بالتظهير وكيل صاحب الحق في السند، وهذا يعني أن يكون للمظهر سلطة التوقيع كأن يكون مديراً للشركة، ويتمتع بهذه السلطة من كان وكيلاً عن المستفيد أو مصف للشركة في حدود حاجات التصفية، والوكيل الخاص، على أنه إذا تجاوز الوكيل حدود وكالته، أو ظهر شخص السند بغير تفويض من حامله، فإن هذا الوكيل المظهر يلتزم بالآثار التي تنشأ عن هذا التظهير. ويجب أن يرد التظهير على مبلغ السند كاملاً؛ لأن التظهير الجزئي يقع باطلاً، وهو ما نصت عليه المادة ٢/١٤٢ من قانون التجارة[٢].

وبعد أن أوجب هذا النص أن يكون التظهير خالياً من كل شرط وأن كل شرط يعلق عليه التظهير يعد كأنه لم يكن. وورد حكم الفقرة الثانية الذي يقرر أن التظهير الجزئي باطل. لذلك فإن التظهير يبطل إذا كان معلقاً على شرط، بالإضافة إلى أن هذا الحق يبقى موضوع الوفاء به احتمالياً إذا علق على شرط وهو ما تأباه الأعمال التجارية وما تتمتع به الأوراق التجارية من خصائص.

لكن الشروط الشكلية للتظهير فهي: الكتابة وتوقيع المظهر، ذلك أنه لا يمكن تصور تظهير سند السحب بغير الكتابة، وهذه الكتابة هي البيان الذي يدون على ظهر السند أو ورقة متصلة به، أو على وجهه، وإذا تم التوقيع على ورقة منفصلة

---

(١) للقاصر أن يحتج بنقص اهليته إزاء كل حامل لسند السحب ولو كان حسن النية لا يعلم نقص اهليته وهذا خروج على قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع على الحامل حسن النية ، وتبرير ذلك ان حماية القاصر اولى بالرعاية من حماية الحامل.

(٢) انظر نص المادة ٢/١٤٢ من قانون التجارة ورد فيها ان: (التظهير الجزئي باطل).

عنه فلا يعد تظهيراً لورقة تجارية وإن جاز جعله حوالة للحق الذي ورد في هذه الورقة وفق أحكام القانون المدني[1].

ومن ناحية أخرى فإن نص المادة ٢/١٤٣ من قانون التجارة أوجب توقيع المظهر على سند السحب. وهذا الشرط لصحة تظهير سند السحب هو التظهير على بياض، ويعد تظهير السند لحامله تظهيراً على بياض أيضاً.

ونصت المادة ٣/١٤٣ على أنه "يجوز ألا يعين في التظهير الشخص المظهر له، وأن يقتصر على توقيع المظهر "على بياض" وفي الحالة الأخيرة لا يكون التظهير صحيحاً إلا إذا كتب على ظهر السند أو على الورقة المتصلة به".

وفحوى هذا النص أن التظهير إذا تم بتوقيع المظهر دون ذكر المظهر إليه أو حامله ـ بمعنى أنه تظهير على بياض ـ فلا بد أن يكون التوقيع على ظهر الورقة أو على ورقة متصلة بها وأن توقيعه على وجهها لا يعد تظهيراً. وهكذا فإن التظهير نوعان: تظهير اسمي وتظهير على بياض.

والتظهير الاسمي هو الذي يتم فيه تعيين اسم المظهر إليه المستفيد كأن يقال "ادفعوا لفلان أو لإذنه". ويلي هذه العبارة توقيع المظهر، وهذا النوع من التظهير ينقل بموجبه المظهر حقوقه الثابتة في السند إلى المظهر إليه على نحو لا يجوز له أن يعلق هذا التظهير على شرط، ويعد كأن لم يكن أي شرط يعلق التظهير عليه[2].

أما التظهير على بياض فيرد في صورتين: الأولى: تظهير السند لحامله وذلك عندما يوقع المظهر على السند بعد تدوين عبارة تفيد أن المستفيد من السند هو حامله كأن يذكر: "ادفعوا لحامله" وللمستفيد من هذا التظهير ـ أي الحامل ـ حق تظهير السند للحامل أو على بياض أو لشخص معين وله حق مناولته لغيره دون تظهيره.

ونتيجة لذلك، فإن الحامل عندما يوقع على ظهر سند السحب ويسلمه إلى شخص آخر فإن الملكية تنتقل إلى هذا الأخير بمثابته حاملاً للسند.

---

(١) انظر نص المادة (١٤٣) من قانون التجارة: (يكتب التظهير على سند السحب ذاته أو على ورقة أخرى متصلة به). وراجع د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق هامش ١ ص (٤٧).

(٢) انظر نص المادة ١/١٤٢ من قانون التجارة.

وإن المظهر كذلك عندما يوقع فقط فإن هذا التوقيع يعد توقيعاً على بياض ويجيز للحامل أن يظهر السند بصورة التظهير الاسمي أو التظهير على بياض أو للحامل، كما أن الحامل بالصورة الأخيرة يمكنه تسليم السند للآخرين دون توقيع.

أما الصورة الثانية للتظهير على بياض فهي تظهير السند بتوقيعه فقط، ويشترط أن يرد التوقيع على ظهر السند أو على الورقة المتصلة به (المادة ٣/١٤٣) أو تظهيره دون تعيين الشخص المظهر إليه، وفي الحالة الأخيرة يجوز أن يرد التظهير على ظهر السند أو وجهه أو على الورقة المتصلة به.

والتظهير على بياض يعطي الحامل الحق في:

١. أن يدون اسمه أو اسم شخص آخر في المكان الذي بقي بياضاً عند تظهير السند إليه.
٢. أن يظهر السند من جديد على بياض أو إلى شخص آخر.
٣. أن يسلمه لشخص آخر كما استلمه من المظهر دون أن يملأ البياض فيه أو أن يوقعه[1].

أولاً: آثار التظهير الناقل للملكية

أوضحت المواد ١٤٤، ١٤٥، ١٤٧، ١٥٠ من قانون التجارة الآثار التي تنتج عن تظهير سند السحب. ونصت المادة (١٤٤) أن أول هذه الآثار انتقال جميع الحقوق الناشئة عن السند. وأول هذه الحقوق انتقال الملكية، وبينت المادة (١٤٥) أن مظهر السند ضامن قبوله ووفاءه كأثر ينتج عن التظهير، ثم بينت المادتان ١٤٧، ١٥٠ الأحكام المتعلقة بالتظهير من حيث تطهير الدفوع والتظهير اللاحق لتاريخ الاستحقاق وتاريخ الاحتجاج أو بعد انقضاء الأجل المحدد لتقديمه.

ثانياً: انتقال الملكية إلى المظهر إليه

تنتقل ملكية الحق الثابت في سند السحب إلى المظهر إليه كأثر للتظهير بحيث يحال الحق في السند من المظهر إلى المظهر إليه دون حاجة إلى اتباع إجراءات حوالة الحق كما وردت في القانون المدني.

---

(١) انظر نص المادة (١٤٤) من قانون التجارة وقارن المادة ٢/٣٢٨ من قانون التجارة اللبناني.

وهكذا فإن ملكية الحق في سند السحب تنتقل إلى المظهر إليه، بحيث ينشأ له حق خاص ومباشر عند المحرر والضامنين يستطيع على أساسه مطالبتهم بالوفاء عند الاستحقاق. وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "تظهير السند الإذني يحاج به مظهر السند ويطهره من الدفوع التي يملكها في مواجهة الدائن المظهر، وذلك متى كان التظهير صحيحاً صادراً عن صاحبه"[1].

ونلاحظ أن القانون عد تظهير السند تحريراً جديداً له، وكأن المظهر يعيد تحرير السند لأمر المظهر إليه. ويلتزم المحرر قبل المستفيد والحملة اللاحقين بضمان الوفاء، كما يضمن المظهر الوفاء لجميع المظهرين اللاحقين. هذا مع ملاحظة أن الملكية تنتقل إلى المظهر إليه مصحوبة بكل ما ترتب للحق من تأمينات شخصية أو عينية، على نحو يستفيد المظهر إليه من هذه الضمانات كما لو كان الحق مضموناً لكفالة أو رهن أو امتياز.

وتنتقل كذلك ملكيته مقابل الوفاء[2]. وفي ذلك قضت محكمة التمييز بأنه (ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن السند ويعد من بيده السند أنه حامله الشرعي متى ثبت أنه صاحب الحق فيه بتظهيرات متصلة بعضها ببعض ولو كان آخرها تظهيراً على بياض عملاً بالمادتين ١٤٤، ١٤٦ من قانون التجارة[3].

وأنه فضلاً عن انتقال ملكية الحق الثابت في سند السحب بالتظهير فإنه ينتقل بوسائل أخرى كالإرث والوصية والهبة والتسليم متى كان السند لحامله[4].

ويجوز أن يقع التظهير إلى أحد الموقعين على السند كما لو وقع التظهير لصالح الساحب أو المسحوب عليه وهو ما قررته المادة ٣/١٤١ من قانون التجارة، بحيث يكون لهؤلاء بعد ذلك الحق في تظهير السند ثانية.

---

(١) نقض مصري. مجموعة الأحكام سنة ١٩٢٦ ص (١٣٥) تاريخ ١٩٧٥/١/٨. تمييز اردني رقم ٧٩/٢١٥ ص (١٦٨٣) سنة ١٩٧٩، وورد في حيثيات الحكم: (ينقل التظهير جميع الحقوق الناشئة عن السند ويعد من بيده السند أنه حامله الشرعي متى ثبت أنه صاحب الحق فيه بتظهيرات متصلة بعضها ببعض ولو كان آخرها تظهيراً على بياض).

(٢) انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص (٨٢) والمستشار عبد المعين جمعة: موسوعة المواد التجارية ط٢ ص (٢٨٠).

(٣) انظر تمييز حقوق ٧٩/٢١٥ مجلة النقابة عام ١٩٧٩ ص (١٦٨٣).

(٤) د.محسن شفيق: المرجع السابق ص (٢٦٢).

ولأن الحق الذي ينتقل بالتظهير هو الحق الناشئ عن سند السحب ـ وهو بالتالي الحق الصرفي ـ لذلك يمكن إثارة التساؤل حول ما إذا كان يترتب على انتقال هذا الحق بالتظهير إلى أحد الموقعين السابقين انقضاء الالتزام الصرفي باتحاد الذمة لاجتماع صفتي الدائن والمدين في شخص واحد.

وللإجابة على هذا التساؤل فرق الفقه بين ما إذا كان المظهر إليه هو الساحب أو المسحوب عليه أو أحد المظهرين السابقين، فإذا كان المظهر إليه هو الساحب، فإنه يبقى دائناً للمسحوب عليه وينقضي التزامه في مواجهة المظهرين على نحو أصبحوا فيه ملتزمين بمواجهته عندما اكتسب ملكية الحق في السند بالتظهير. أي عندما أصبح دائناً وهو ما ترتب عليه اجتماع صفتي المدين والدائن للساحب في مواجهة المظهرين.

أما إذا كان المظهر إليه هو المسحوب عليه القابل للسند، فإنه بعد أن كان المدين فيه أصبح الدائن بحيث اجتمعت لديه صفة الدائن والمدين باتحاد الذمة. وفي مثل هذا الوضع يستطيع المسحوب عليه أن يظهر السند إلى آخر ليصبح بعد ذلك مديناً أصلياً كمسحوب عليه قابل للسند. ومديناً ضامناً بمثابته مظهراً لهذا السند.

كما ويتحقق اتحاد الذمة لدى المظهر إليه إذا كان أحد المظهرين السابقين. وبهذه الحالة ينقضي التزام المظهر بالضمان بعد أن أصبح صاحب الحق كمظهر إليه غير أن ذلك لا يترتب عليه انقضاء الحق الصرفي[1].

ثالثاً: الالتزام بالضمان

نصت المادة (١٤٥) من قانون التجارة على أن "المظهر ضامن قبول السند ووفاءه ما لم يشترط خلاف ذلك. وله أن يمنع تظهيره، وحينئذ لا يكون ملزماً بالضمان تجاه من يؤول إليهم السند بتظهير لاحق"[2].

(١) انظر في ذلك د.محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٣١٨).

(٢) انظر النص المقابل في المادة (١١٧) تجاري مصري: (ساحب الكمبيالة والمحيلون والمتناقلون لها يكونون مسؤولين على وجه التضامن عن القبول والدفع في ميعاد الاستحقاق). وانظر ايضاً النص في المادة (١٣٧) تجاري مصري: (ساحب الكمبيالة وقابلها ومحيلها ملزمون لحاملها بالوفاء على وجه التضامن). وانظر المادة (٣٢٩) من قانون التجارة اللبناني: (أن المظهر كافل للقبول أو الإيفاء ما لم يكن اتفاق مخالف) وايضاً نص المادة ١/٣٤١ من قانون التجارة السوري والمادة (١١٩) فقرة ج١ من قانون التجارة الفرنسي.

ويتضح من هذا النص أن المظهر يضمن قبول المسحوب عليه للسند ويضمن كذلك قيامه بوفاء قيمته. وهو التزام قانوني يمكن للمظهر التخلص منه باشتراط عدم الضمان. وسنبحث في الفقرتين التاليتين ضمان القبول وضمان الوفاء وشرط عدم الضمان.

١- ضمان القبول وضمان الوفاء:

التظهير الناقل للملكية يجعل المظهر ضامناً للوفاء بقيمة سند السحب بتاريخ الاستحقاق إلى جوار الموقعين السابقين. وهو ما أكدته المادة (١٨٥) من قانون التجارة "ساحب السند وقابله ومظهره وضامنه الاحتياطي مسئولون جميعاً تجاه حامله على وجه التضامن".

وعلى هذا الأساس فإن المظهر ضامن لوفاء قيمة سند السحب ليس وقت تظهيره فحسب وإنما بتاريخ الاستحقاق وهو ما يطلق عليه ضمان حسن التنفيذ النهائي وهو ما يميز تظهير سند السحب عن حوالة الحق إذ إن المحيل في حوالة الحق لا يضمن يسار المحال عليه "المدين"[١].وإذا ضمن ذلك فلا ينصرف إلا إلى يساره وقت الحوالة.

ومن جهة أخرى فإن من آثار التظهير الناقل للملكية إضافة المظهر إلى باقي الموقعين في سند السحب كضامنين للوفاء بقيمة ذلك السند. ويصبح للحامل عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بتاريخ الاستحقاق حق الرجوع إلى المظهر ليطالبه بقيمة السند أو أن يطالب جميع الموقعين مجتمعين ومنفردين، وليس لأي واحد منهم أن يدفع بتقسيم الدين كما هو الحال في القواعد العامة في القانون المدني.

٢- شرط عدم الضمان:

يتحقق عدم ضمان المظهر وفق أحكام المادة (١٤٥) من قانون التجارة إذا مارس هذا المظهر حقه بأن اشترط إعفاءه من ضمان القبول وضمان الوفاء[٢].

---

(١) انظر نص المادة (١٠١١) من القانون المدني(إذا ضمن المحيل للمحال له يسار المحال عليه فلا ينصرف هذا الضمان إلا إلى يساره وقت الحوالة ما لم يتفق على غير ذلك).

(٢) وهذا ما يميز الساحب عن المظهر، إذ لا يجوز للساحب ان يشترط إعفاءه من ضمان الوفاء. لأنه رغم أن له حق اشتراط عدم ضمان القبول لكنه لا يستطيع اشتراط عدم ضمان الوفاء. انظر في ذلك د.سميحة القليوبي: المرجع السابق ص ١٢٢. وراجع نص المادة (١٣٢) وتنص على أن:

- الساحب ضامن قبول سند السحب ووفاءه وله ان يشترط الإعفاء من ضمان القبول.
- أما ضمان الوفاء فكل شرط للإعفاء منه يعد كأن لم يكن.

ويتحقق شرط عدم الضمان كذلك إذا منع المظهر تظهير السند بحيث يشترط على المظهر له عدم تظهيره للآخرين، وبهذه الحالة لا يكون المظهر ضامناً للقبول أو الوفاء تجاه من يؤول إليهم السند بتظهير لا حق.

وإذا كان الأصل أن المظهر يضمن للمظهر له الوفاء بقيمة الورقة التجارية، إلا أن ذلك لا يمنع الأطراف من الاتفاق على مخالفة هذا الأصل، لأنه لا يتعلق بالنظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفته، ويجوز للمظهر أن يشترط عدم ضمان القبول، أما ضمان الوفاء فكل شرط للإعفاء منه يعد كأن لم يكن وهو ما قررته المادة ٢/١٣٢ من ذات القانون.

رابعاً: تطهير الدفوع (عدم الاحتجاج بالدفوع)

يتفرع هذا المبدأ عن مبدأ استقلال التوقيعات الذي يعني أن كل التزام من التزامات الموقعين على الورقة التجارية قائم بذاته مستقل عن غيره، ومثال ذلك أنه إذا كان التزام أحد الموقعين باطلاً لنقص في أهليته أو لعيب شاب رضاه أو لعدم مشروعية سبب الالتزام.....إلخ، فإن هذا البطلان يقتصر على هذا الالتزام دون أن يؤثر في التزامات باقي الموقعين، هذا هو مبدأ استقلال التوقيعات الذي أقرته المادة ١/١٣٠ من قانون التجارة وأكدته المادة (٢١٣) من ذات القانون.

أما مبدأ تطهير الدفوع فهو المتفرع عن مبدأ استقلال التوقيعات والذي أقرته المادة (١٤٧) من قانون التجارة عندما نصت على أنه: (ليس لمن أقيمت عليهم الدعوى بسند سحب أن يحتجوا على حامله بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بساحب السند أو بحملته السابقين ما لم يكن حامل السند قد حصل عليه بقصد الإضرار بالمدين[1]).

وهذا المبدأ ورد خروجاً على القاعدة العامة المقررة في المادة (١٠٠٥) من القانون المدني والتي نصت على أنه (للمحال عليه أن يتمسك قبل المحال له بكل الدفوع المتعلقة بالدين والتي كانت له في مواجهة المحيل، وله أن يتمسك بكل الدفوع التي للمحيل

(١) انظر ما يقابل هذا النص من المادة (٢٣١) تجاري لبناني ونصت على: (أن الأشخاص المدعى عليهم بسند سحب لا يحق لهم أن يدلوا على حامله بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بساحب السند أو بحامليه السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد عند إحرازه الإضرار بالمدين). قارن نص المادة (١٠٨) تجاري مصري، حيث أوردت تطبيقاً لهذا المبدا عندما قررت أنه: (لا يجوز الاحتجاج بالصورية في مواجهة الآخر الذي لم يعلم بها).

قبل المحال له[1]. وأنه لو بقي للمدين حق التمسك بالدفوع في مواجهة المحيل قبل المحال إليه في نطاق الأوراق التجاري لأدى ذلك إلى إعاقة تداولها وتعطيل وظيفتها، لذلك نصت المادة (١٤٧) من قانون التجارة على تقرير ملزم، تواترت بشأنه أحكام القضاء ولم ينازع أحد في مبدأ تطهير الدفوع[2].

لذلك نقول: إن المشرع الأردني عندما قنن قاعدة تطهير الدفوع أثبت عرفاً ملزماً بموجب نصوص خرجت عن القواعد المستقرة في القانون المدني مع ضماناته والتمسك بكل الدفوع المتعلقة بالدين والتي كانت للمحال عليه في مواجهة المحيل، وله أن يتمسك بكل الدفوع التي للمحيل قبل المحال له المادة (١٠٠٠) في القانون المدني. وهذا يعني أن الآثار الناتجة عن التظهير اللاحق للاحتجاج أو الحاصل بعد فوات مدته هي آثار حوالة الحق على نحو ينتقل فيه الدين إلى المحال له مع جميع ملحقاته محملاً بالعيوب المتعلقة به والخصائص اللازمة له.

ومن ناحية أخرى فإن التظهيرات الحاصلة على سند السحب بعد الاحتجاج أو بعد انقضاء مهلته لا يلتزم موقعوها بالضمان الصرفي تجاه المظهر، ويجوز التمسك في مواجهة الحامل الأخير بجميع الدفوع المتعلقة بالحملة السابقين له الذين تلقوا السند بعد الاحتجاج أو بعد انقضاء المهلة.

وفي هذا الشأن قالت محكمة التمييز إنه "إذا تم تجيير الكمبيالات المدعى بقيمتها بعد انقضاء الأجل المحدد قانوناً لتقديم الاحتجاج - وهو أحد يومي العمل التاليين ليوم الاستحقاق طبقاً لنص الفقرة الرابعة من المادة (١٨٢) من قانون التجارة - فإن هذه الحوالة لا تنتج سوى آثار الأحكام المتعلقة بحوالة الحق المقرر بالقانون المدني [illegible] [illegible]ادة (١٥٠) من نفس القانون".

---

(1) [illegible] تحكم نص المادة (٣١٢) من القانون المدني المصري.

(2) انظر د.محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٣٢٢) ويقول: إن من أحدث أحكام محكمة النقض المصرية في هذا الشأن حكمها الصادر في ٢١ مايو ١٩٧٠ حيث قررت أن: (التظهير التام بنقل ملكية الحق الثابت في الورقة التجارية إلى المظهر إليه ويطهرها من الدفوع بحيث لا يجوز للمدين الأصلي التمسك في مواجهة المظهر إليه حسن النية بالدفوع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المظهر).

وقالت كذلك: "ولا يؤثر الحكم السابق كون الفقرة الأولى من المادة (١٥٠) من قانون التجارة تجعل للتظهير اللاحق لزمان الاستحقاق أحكام التظهير السابق له، ذلك لأنه وإن كانت هذه المادة تعد التظهير اللاحق لزمان الاستحقاق صحيحاً وله حكم التظهير السابق له، إلا أن الفقرة الثانية من هذه المادة صريحة في نصها على أن التظهير اللاحق لتقديم الاحتجاج أو الحاصل بعد الأجل المحدد لتقديم هذا الاحتجاج لا يعد تظهيراً تنطبق عليه أحكام الحوالة التجارية، وإنما أوجبت تطبيق أحكام الحوالة العادية عليه"[1].

البند الثاني: التظهير التوكيلي

وهو بيان يدونه حامل السند على ظهره ولا يهدف من ذلك إلى نقل ملكية الحق الثابت فيه إلى المظهر إليه. إنما يهدف إلى مجرد توكيل شخص آخر بقبض قيمة هذا السند عند حلول أجله، والغالب في الأمر أن يعهد حامل السند إلى أحد المصارف الذي يتعامل معه بتحصيل قيمته وقيدها في حسابه[2].

وبحثت المواد ١٤٤ و ١٤٨ و ٢/١٤٩ من قانون التجارة في التظهير التوكيلي من حيث: شروطه وآثاره.

ونصت المادة ١/١٤٨ من قانون التجارة على أنه: "إذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة للتحصيل أو القيمة للقبض أو التوكيل" أو أي بيان آخر يفيد التوكيل فللحامل مباشرة جميع الحقوق المترتبة على سند السحب ولا يجوز له تظهيره إلا على سبيل التوكيل". لذا فإن من شروط هذا التظهير أن تذكر إحدى عبارات صيغة التظهير بما يفيد توكيل الحامل (المظهر) للمظهر إليه بأن يقوم بالإجراءات المقررة قانوناً لتحصيل

(١) تمييز حقوق ٧٣/٢٨ ص (٢٣٤) سنة ١٩٧٣ م.ن.م.

(٢) انظر د.مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص (٩١) ويقول: (إن التظهير التوكيلي هو الذي يقصد به توكيل المظهر إليه في تحصيل قيمة الكمبيالة عند الاستحقاق). وراجع محمد علي راتب: المرجع السابق ص (١٩٣) ويقول: (إنه يجوز لمالك السند ان يحوله لآخر لا بقصد نقل الملكية، وإنما بغرض المطالبة والتحصيل). وانظر نص المادة (١٨) من قانون جنيف الموحد، ولم يأخذ حكم هذا النص بنظام التحويل الناقص كما هو شأن قانون التجارة المصري، بل اشترط في التحويلات التوكيلية بمثابتها تظهيراً توكيلياً أنه ورد بنص السند ما يفيد أنها حاصلة على وجه التوكيل. انظر المادة (٣٢٢) من قانون التجارة اللبناني. وقارن مع نص المادة (٥٨) من قانون التجارة العراقي. وتجدر الإشارة إلى ان قانون التجارة العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٨٤ يطلق على سند السحب لفظ الحوالة التجارية (السفتيجة).

قيمة السند بالنيابة عنه. وهذه العبارات من مثل: القيمة للتحصيل، القيمة للقبض، للتوكيل، ويوقع المظهر تحت هذه العبارة ويرى بعضهم أن التظهير التوكيلي يتحقق في فرضين:

أولهما: التظهير التوكيلي الصريح: وهو الذي تدل عبارته بوضوح على أن المظهر وكّل المظهر إليه في قبض قيمة السند كأن يقول: القيمة للقبض، القيمة للتوكيل، القيمة للتحصيل.

ثانيهما: التظهير التوكيلي الضمني: وهو الذي افترض القانون أنه للتوكيل رغم عدم وضوح ذلك في صيغته، وهذا النوع من التظهير التوكيلي أقره الفقه بمقولة أن المشرع يقيم قرينة مؤداها أنه متى وقع التظهير الذي يقصد به نقل الملكية ناقصاً أحد البيانات القانونية، فالمفروض أن المظهر يوكل المظهر إليه في قبض قيمة السند ولا يهدف إلى نقل ملكية الحق الثابت فيه.

وهكذا يعد التظهير توكيلياً إذا لم يشتمل على اسم المظهر إليه، أو إذا خلا من شرط الأمر أو أغفل تاريخ التظهير أو بيان وصول القيمة، وكذلك الأمر بشأن التظهير على بياض[1].

ولعل هذا الاستنباط من جانب الفقه المصري جاء بعد استقراء النصوص القانونية في القانون التجاري المصري المستوحاة من القانون الفرنسي، ذلك لأن المشرع المصري نقل عن المشرع الفرنسي حكم القرينة الوارد في المادة (١٣٨) من القانون التجاري الفرنسي إلى المادة (١٣٥) من القانون التجاري المصري والتي وردت كما يلي:(إذا لم يكن التحويل مطابقاً لما تقرر بالمادة السابقة (المادة ١٣٤ التي تحدد بيانات التظهير الناقل للملكية) فلا يوجب ذلك انتقال ملكية الكمبيالة لمن تحول له بل يعد ذلك توكيلاً له فقط في قبض قيمتها).

---

(١) انظر في ذلك د.محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٣٢٨).

وبهذا يكون المشرع المصري أقام قرينة مؤداها: أنه متى وقع التظهير الذي يقصد به نقل الملكية ناقصاً أحد البيانات القانونية، فالمفروض أن المظهر يوكل المظهر إليه بقبض قيمة الكمبيالة ولا يهدف إلى نقل ملكية الحق الثابت فيها[1].

أما المشرع الأردني فقد أجاز ألا يعين في التظهير الناقل للملكية اسم الشخص المظهر له، وعد سند السحب الذي يدون فيه عبارة "ليس لأمر" خاضعاً لأحكام الحوالة. وأن التظهير الخالي من التاريخ يعد كأنه تم قبل انقضاء الميعاد المحدد لتقديم الاحتجاج[2] بما يؤدي إلى القول: إن التظهير على بياض ناقل للملكية[3]. لذا فإننا نجد أن المشرع الأردني لم يأخذ بالقرينة التي أخذ بها المشرع المصري ومن قبله المشرع الفرنسي على أساس أن التظهير المعيب "الذي ينقص أحد بياناته" يعد تظهيراً توكيلياً وأن هذا التظهير ضمني.

ونرى أن اتجاه الفقه المصري للأخذ بهذه القرينة ـ المستوحاة أصلاً من القانون الفرنسي ـ لم يعد له ما يبرره. سيما وأن المشرع الفرنسي ألغى هذه القرينة بمقتضى القانون الصادر بتاريخ ١٩٢٢/٢/٨ وتطلب لكي يكون التظهير توكيلياً أن ينص القانون على ذلك صراحة في صيغة التظهير[4] كما وأن التظهير التوكيلي الضمني لا بد له من البدء بإثبات اتجاه إرادة المظهر والمظهر إليه نحوه. وفي هذا الخصوص يتعين

---

(١) انظر د.سميحة القليوبي: عمليات البنوك – الأوراق التجارية ط ١٩٨٦ ص(٢٥٥) وتقول في ذلك: (ويستفاد التوكيل الضمني من نص المادة (١٣٥) تجاري مصري التي تعالج التظهير المعيب وهو التظهير الذي ينقصه أحد البيانات الإلزامية) ويعده تظهيراً توكيلياً وفقاً للتفصيل السابق، وفي حالة التظهير التوكيلي الضمني نتيجة نقص بعض البيانات الإلزامية لا يستطيع المظهر إليه إثبات حقيقة التظهير وانه قصد به نقل الملكية في مواجهة الآخر.

(٢) انظر المادة ٢/١٤٣ من قانون التجارة وتنص على أنه: (يجوز أن لا يعين التظهير الشخص المظهر إليه....).

(٣) انظر المادة ٢/١٤٢ من قانون التجارة حيث نصت على أن: (تظهير السند لحامله يعد تظهيراً على بياض) والمادة ٢/١٤٣ من ذات القانون حيث نصت على أنه: (ويجوز أن لا يعين في التظهير الشخص المظهر له وأن يقتصر على توقيع المظهر (على بياض) وفي الحالة الأخيرة لا يكون التظهير صحيحاً إلا إذا كتب على ظهر السند او على الورقة المتصلة به). وانظر كذلك المادة ٢/١٤٤ من ذات القانون.

(٤) انظر د.محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٣٣٠) ويقول (وهذا هو ذات الحكم الذي أخذ به قانون جنيف الموحد).

على المظهر أن يثبت ذلك بجميع طرق الإثبات وأن التظهير كان على سبيل التوكيل لمطالبة المظهر له بقيمة السند التي قبضها بالوكالة[1].

على أنه إذا بقي الخلاف في هذا الموضوع قائماً لدى الأشخاص التالين ـ وهم الذين يجهلون طبيعة التظهير ـ فلهم التمسك بالظاهر إذا كان لهم مصلحة في ذلك، ويعود لهم إذا رغبوا الاحتجاج بحقيقة التظهير على نحو يمكنهم من إقامة الدليل على أن التظهير تم على سبيل التوكيل[2].

وأخيراً نقول :(إنه لا بد أن يكون التظهير التوكيلي صريحاً لا يشوبه غموض أو لبس ولا نقص في البيانات؛ لأن التظهير الحاصل بمجرد التوقيع يفترض فيه أن النية قد اتجهت إلى نقل ملكية الحق الثابت في السند. وهذا هو الأصل، والاستثناء: أن يقوم الدليل على خلاف ذلك كما أسلفنا.

أما بخصوص التظهير التوكيلي فكنا في حديثنا قد أسلفنا أن التظهير يكون توكيلياً عند وضع عبارة تكشف عن نية المظهر بأنه لا يقصد نقل ملكية الحق إلى المظهر إليه. وإنما مجرد توكيله بقبض القيمة، لذلك فإن هذا التظهير يحدث آثار الوكالة فيما يخص العلاقة بين الطرفين وفيما يخص الآخرين.

ففيما يخص العلاقة بين الطرفين: المظهر والمظهر إليه فهي كما حددتها المواد (٨٤٠) وما بعدها من القانون المدني، حيث تفيد أن للوكيل ولاية التصرف دون أن يتجاوز حدوده إلا فيما هو أكثر نفعاً للموكل[3]، وبهذا يحق للمظهر إليه مطالبة المدين بسند السحب بتاريخ الاستحقاق. وإذا دفعت القيمة تم قيدها في حساب المظهر، ولا يمتنع على المظهر إليه القيام بالإجراءات التي تلي تاريخ الاستحقاق عند عدم دفع قيمة السند كتوجيه الاحتجاج.

ومن جهة ثانية ليس للوكيل في التحصيل أن يوكل غيره فيما وكل به إلا إذا أذن له بذلك "المادة (٨٢٣) مدني" ويكون الوكيل أميناً على الأموال التي قبضها باسم الموكل وتعد هذه الأموال وديعة تحت يده وإذا هلكت دون تعد أو تقصير فلا ضمان عليه.

---

(١) انظر د.أدوار عيد: المرجع السابق ص(٢٨٢).

(٢) المرجع السابق ص(١٨١).

(٣) انظر نص المادة (٨٤٠) من القانون المدني.

أما بشأن اللجوء إلى القضاء فلا يجوز للوكيل ذلك إلا بإذن خاص من الموكل لامتناع ذلك عليه بموجب المادة (٨٤٧) مدني والتي نصت على أن: "الوكيل بالقبض لا يملك الخصومة والوكيل بالخصومة لا يملك القبض إلا بإذن خاص من الموكل"[1].

ويرى الأستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض أن المظهر إليه يجوز له مقاضاة المدين وأن يسأل عن مهمته أمام عميله[2].

ويلتزم المظهر له بتعليمات المظهر واتخاذ الإجراءات اللازمة لتحصيل السند وتقديم كشف حساب عن وكالته.

ومع ذلك، فإن ما يلفت النظر هو أن قانون التجارة خرج عن القواعد العامة التي تقضي بإنهاء الوكالة بوفاة الموكل أو الوكيل أو خروجه عن أهليته إلى القول: إن الوكالة لا ينتهي حكمها بوفاة الموكل أو بحدوث ما يخل بأهليته. ولعل المشرع قصد بذلك زيادة الثقة في الأسناد التجارية لتسهيل وتشجيع تداولها. وفي الوقت ذاته حمل المظهر له على تنفيذ الوكالة بعد وفاة المظهر إليه أو فقد أهليته بتحصيل قيمة السند، أو القيام بالإجراءات اللازمة.

لذلك نرى مع بعض الفقه أن النص المتقدم يتناول حالة إفلاس المظهر؛ لأن الإفلاس من الظروف التي تخل بالأهلية. ويحدث تغيراً في حالة الموكل قد يفضي إلى فقدان أهليته لاستعمال حقوقه، وهو ما يؤدي الى القول: إن وكالة المظهر له لا تنتهي بإفلاس المظهر ويبقى له حق تحصيل قيمة السند لمصلحة التفليسة[3].

أما آثار التظهير المتعلقة بالآخرين فالمظهر إليه يعد في مواجهة الآخر وكيلاً عن الموكل بحيث يجوز للدائن التمسك في مواجهته بالدفوع التي يجوز له التمسك بها في مواجهة الموكل "المظهر"، ذلك لأنه لا يترتب على التظهير التوكيلي تطهير الدفوع كما

---

(١) أجاز القضاء المصري للمظهر إليه توكيلياً اتخاذ جميع الإجراءات الكفيلة بالمحافظة على حقوق موكله ومن بينها إقامة الدعوى. انظر في ذلك د.محسن شفيق: المرجع السابق ص (٢٨١) ويقول (يقول بعض الفقهاء الفرنسيين بأنه لا يجوز للمظهر إليه (الوكيل) إقامة الدعوى على الضامنين في الورقة إلا إذا كان بيده توكيل خاص ولم يأخذ القضاء المصري بهذا الراي).

(٢) د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ص (٢٨٥).

(٣) انظر د.أدوار عيد: المرجع السابق ص (٢٨٦) ونقض فرنسي بتاريخ ١٩٤٨/٤/٢٠ – ١٢٩/١/١٩٨٦ ليسكو وروبلو ٣٣٨ مشار إليه في المرجع السابق ص (٢٨٦).

هو الشأن في التظهير الناقل للملكية؛ لأن المظهر إليه يقوم بدور النائب عن المظهر ولا يجوز للمدين أو أحد الضامنين في السند التمسك في مواجهة المظهر إليه بدفع خاص ناشئ عن علاقة شخصية بينهما[1].

وهكذا فلا يكون للمدين أو الضامن أي حق في مواجهة المظهر إليه "الوكيل" كالدفع بالمقاصة؛ لأن المظهر إليه وإن كان يعمل باسمه إلا أنه لا يطلب شيئاً لنفسه[2].

ويؤكد أنه ليس للمظهر له أن يظهر السند تظهيراً ناقلاً للملكية،[3] ولا أن يتنازل عن قيمة السند أو جزء منه[4].

البند الثالث: التظهير التاميني

التظهير التأميني عبارة عن: بيان يدون على ظهر الورقة التجارية يقصد منه رهن الحق الثابت فيها لضمان الدين في ذمة المظهر للمظهر إليه.

ونصت المادة ١٤٩/١ من قانون التجارة على أنه "إذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة ضمان" أو "القيمة رهن" أو أي بيان آخر يفيد التأمين جاز لحامل سند السحب مباشرة جميع الحقوق المترتبة عليه".

ونصت المادة (٧٦) من قانون التجارة على أنه "يكون رهن الصكوك الإذنية بتظهير يذكر فيه ما يفيد أن القيمة للضمان"[5].

---

(١) انظر نص المادة ٢/١٤٨ من قانون التجارة (وليس للمسؤولين في هذه الحالة الاحتجاج على الحامل إلا بالدفوع التي يجوز فيها الاحتجاج بها على المظهر).

(٢) انظر د.محسن شفيق: المرجع السابق ص (٢٨٠) وما بعدها.

(٣) يجوز أن يظهر الوكيل السند تظهيراً توكيلياً ويحل المظهر إليه الثاني محل الأول في تنفيذ شروط التظهير التوكيلي وفق أحكام / الوكالة.

(٤) انظر د.ادوار عيد: المرجع السابق ص (٢٨٨).

(٥) نقل هذا النص عن المادة (٩١) من القانون الفرنسي بعد تعديلها. انظر د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٣٢٤) حيث يقول: (كانت مسألة ورود الرهن على الأوراق التجارية محل جدل في فرنسا قبل صدوره قانون ٢٣ مايو سنة ١٨٦٣ وبصدور هذا القانون عدلت المادة (٩١) من التقنين التجاري لتنص على أنه فيما يتعلق بالصكوك القابلة للتداول فيمكن رهنها بتظهيرها تظهيراً تاماً ينص فيه على أن القيمة للضمان).

وهكذا فإن المقصود بالتظهير التأميني "أو للرهن أو للضمان" هو رهن الحق الثابت في السند لضمان دين في ذمة المظهر، وهذا النوع من التظهير يمكن التجار من الحصول على تسهيلات بنكية وقروض بشروط ميسرة.

وهكذا لا يشترط القانون في هذا النوع من التظهير سوى ورود عبارة "التظهير" بما يفيد أنه وقع على سبيل الرهن أو التأمين وتوقيع المظهر تحت هذه العبارة. وهو ما يعني أنه لا يشترط ذكر أي بيان آخر كذكر التاريخ أو اسم المستفيد أو قيمة الدين المضمون، وأن شروط رهن المنقولات والديون العادية تختلف في إجراءاتها وشروطها عن إجراءات وشروط رهن الأسناد التجارية وخاصة ما يتعلق بإثبات الرهن وإبلاغ المدين.

ويشترط لصحة التظهير التأميني أن يكون المظهر حاملاً شرعياً للسند وأهلاً للتوقيع عليه، ذلك لأن المظهر ضامن وفاء قيمته للمظهر إليه، وعليه يكون قيد الرهن أو التأمين ـ بعد تسجيل الحكم بشهر الإفلاس ـ باطلاً تجاه كتلة الدائنين. المادة ٣٣٦ من قانون التجارة[1]، وكذلك الأمر فيما يخص إنشاء الرهن على المنقول تأميناً لدين سابق. المادة ٣٣٣/د من قانون التجارة.

وبخصوص آثار التظهير التأميني كنتيجة لهذا التظهير، فإنه ينشأ للمظهر له على السند رهناً دون أن يكون مالكاً، ويتعين عليه إزاء ذلك أن يحافظ على الشيء المرهون، ولأن هذا الشيء من الأسناد التجارية فيجب على المرتهن أن يقدم السند للقبول أو الوفاء من أجل أن يستوفي حقه من قيمة السند ويرد الباقي إلى المظهر الراهن.

كما يتعين على المرتهن القيام بالإجراءات التي تحافظ على حق الراهن كأن يقوم بتوجيه الاحتجاج عند عدم القبول أو الوفاء والرجوع بدعوى الضمان إلى سائر الملتزمين في السند[2] والمظهر إليه تأميناً، وهو إذ يقوم بذلك إنما يقوم به باسمه الشخصي؛ لأن التظهير أنشأ له حقاً خاصاً على السند، ويسأل عند إهماله القيام بواجباته.

---

(١) تنص المادة ٣٣٦ من قانون التجارة على أن (قيد الرهن أو التأمين بعد تسجيل الحكم بشهر الإفلاس باطل تجاه كتلة الدائنين) (وتكون قابلة للإبطال القيود المتخذة بعد التوقف عن الدفع أو في خلال العشرين يوماً التي سبقته إذا مضى أكثر من خمسة عشر يوماً بين تاريخ إنشاء الرهن أو التأمين وتاريخ القيد وإذا كان التأخير قد أضر بالدائنين).

(٢) انظر نص المادة ١/٦٥ من قانون التجارة.

ويترتب على التظهير التأميني أن يرجع المرتهن إلى الراهن بصفته واحداً من الملتزمين عند عدم الوفاء لأنه ضامن للوفاء كسائر الموقعين[1] ويرجع المظهر له "المرتهن" إلى الراهن بإحدى دعويين هما دعوى الصرف الناشئة عن التظهير التأميني والدعوى الناشئة عن العلاقة الأصلية، ويعود المظهر له بموجب هذه الدعوى إلى المظهر إذا انقضت الدعوى الأولى بمرور الزمن المقرر لرفعها.

وهكذا فإن المظهر له يستوفي حقه من قيمة السند ويرد الباقي إذا زاد إلى المظهر، ويكون ذلك إذا حل ميعاد استحقاق السند في الوقت الذي يحل فيه ميعاد استحقاق الدين المضمون بالرهن.

أما إذا حل ميعاد استحقاق السند التجاري قبل حلول ميعاد استحقاق الدين المضمون، فيطالب المظهر له بقيمة السند، بحيث يحتفظ بالمبلغ لحين حلول ميعاد استحقاق الدين المضمون ويتقاضى حقه من المبلغ المحصل ويرد الباقي للمظهر[2].

ومع ذلك إذا حل ميعاد استحقاق الدين المضمون قبل حلول ميعاد استحقاق السند ولم يدفع المظهر قيمة الدين فللمظهر إليه بيع هذه الأسناد أو مراجعة المحكمة لاستيفاء دينه من ثمن المرهون بطريقة الامتياز.

ونصت المادة (٦٦) من قانون التجارة على أنه: "إذا كان الشيء الموضوع تأميناً أسناداً لم يدفع ثمنها بكامله، فعلى المدين إذا دعي للدفع أن يؤدي المال إلى الدائن قبل الاستحقاق بيومين على الأقل، وإلا جاز للدائن المرتهن أن يعمد إلى بيع الأسناد".

ونصت المادة ١/٦٧ على أنه: "عند عدم الدفع وقت الاستحقاق يحق للدائن مراجعة المحكمة المختصة، وبعد صدور الحكم وتنفيذه يستوفي الدائن دينه من ثمن المرهون بطريق الامتياز". و "ويعد باطلاً كل نص في عقد الرهن يجيز للدائن أن يمتلك المرهون، أو أن يتصرف به دون الإجراءات المبينة آنفاً".

---

(١) د.ادوار عيد: المرجع السابق ص (٢٨٣).

(٢) د.محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق، د. ادوار عيد: المرجع السابق ص (٢٨٢).

وبناء على ما تقدم نجد أن الدائن المرتهن يستطيع أن يبيع الأسناد إذا تخلف المدين عن الوفاء بدينه قبل موعد الاستحقاق بيومين على الأقل، وله حق مراجعة المحكمة المختصة من أجل بيع الشيء المرهون ويستوفي حقه من ثمنها بطريق الامتياز. وله أيضاً أن يمتلك المرهون بعد أن يقوم بالإجراءات المحددة قانوناً في المواد ٦٤ ـ٦٧.

واشترط نص المادة ٢/٦٧ لجواز تملك الدائن للشيء المرهون أو التصرف فيه اتخاذ تلك الإجراءات وفق ما نصت عليه هذه المادة حيث نصت على أنه "يعد باطلاً كل نص في عقد الرهن يجيز للدائن أن يتملك المرهون أو أن يتصرف به دون الإجراءات المبينة آنفاً".

أما آثار التظهير التأميني المتعلقة بالآخر فتبدو واضحة من قاعدة تطهير الدفوع لأن تطهير السند من الدفوع يثور في التظهير التأميني شأنه شأن التظهير الناقل للملكية في أنه لا يجوز للملتزمين أن يدلوا على حامل السند بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر ما لم يكن هذا الحامل قد تعمد الإضرار بالمدين[1].

وهكذا فإن التظهير التأميني يعد في حكم التظهير الناقل للملكية فيما يخص الآخر كالمدين والضامنين[2] ويترتب على ذلك أن للدائن المرتهن مصلحة يحميها القانون بحيث يعامل أمام الآخر معاملة المظهر إليه ويتمتع بآثار قاعدة تطهير الدفوع بالقدر الذي يحقق مصلحته بحيث يجوز إعمال هذه القاعدة "قاعدة تطهير الدفوع" بالقدر الذي يحقق مصلحة الدائن فقط. ومثال ذلك: إذا كانت هذه المصلحة تتمثل بمبلغ خمسمئة دينار وكانت قيمة السند ألف دينار جاز للمدين التمسك بانقضاء دينه قبل المظهر في حدود الزائد الذي تحصنه قاعدة تطهير الدفوع، لأنه لا معنى لحماية المرتهن فيما لا يعود عليه بالنفع[3].

ومن الجدير بالذكر أن المبررات التي استندت إليها قاعدة تطهير الدفوع فيما يتعلق بالمظهر له تظهيراً تأمينياً هي أن هذا التظهير يبقى وهمياً لو بقي حق المظهر له

---

(١) انظر نص المادة ٢/١٤٩ من قانون التجارة: (وليس للمسؤولين عن السند أن يتحجوا على الحامل بالدفوع المبنية على علاقاتهم الشخصية بالمظهر ما لم يكن الحامل قد حصل على السند بقصد الإضرار بالمدين).

(٢) انظر عبد المعين جمعة: المرجع السابق ص (٤٠٦).

(٣) المرجع السابق ص (٤٠٧).

عرضة للدفوع التي يجوز التمسك بها في مواجهة المظهر، وأن المرتهن الذي قبل السند التجاري على سبيل الرهن يستحق الحماية المقررة بالقانون، لا سيما وأن فائدة هذا النوع من التظهير هي اختصار إجراءاته وتبسيط صيغته، ولو أجبر المرتهن على تقصي عيوب التزامات الموقعين لانتفت تلك الفائدة.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن المظهر له لا يستفيد من قاعدة تطهير الدفوع إلا إذا كان حسن النية، لأنه إذا كان وقت التظهير عالماً بعيوب السند وتعمد قبوله بقصد إلحاق الضرر بالمدين فلا يفيد من تلك القاعدة ويجوز التمسك بها في مواجهته[1].

---

(1) د. أدوار عيد: المرجع السابق. د.محسن شفيق: ص (٢٤٩) د. مصطفى كمال طه: ٩٧٠. د. محمود سمير الشرقاوي: ص (٣٣٦). د. سميحة القليوبي: ص (١٢١) د. علي جمل الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط ١٩٨٩ ص ١٠٨٩ وما بعدها.

المبحث الثالث
الوفاء بسند السحب وضمانات الوفاء

يلتزم الساحب بموجب سند السحب بدفع مبلغ من النقود إلى المستفيد تنفيذاً لعلاقة قانونية بينهما، على نحو يكون فيه هذا الساحب مديناً والمستفيد دائناً، وتبرأ ذمة الساحب أو الملتزم إذا وفى قيمة هذا السند في موعد الاستحقاق، ولأن السند لا يؤدي وظيفته كأداة وفاء أو أداة ائتمان إلا إذا اطمأن حامله إلى الحق الذي يتضمنه ووثق في أنه سيحصل عليه عند ميعاد الاستحقاق، فإن الضمانات التي قررها قانون التجارة لحامل السند تعد سياجاً يزيد الثقة في الأسناد التجارية، ومن هذه الضمانات تطهير الدفوع العالقة بالحق والتضامن بين الملتزمين، وتملك الحامل مقابل الوفاء، وتقديم السند للقبول وغيرها.

أما إذا امتنع المدين عن الوفاء وهو في سند السحب المسحوب عليه أو امتنع المدين عن قبول السند، فلهذا الامتناع عن الوفاء أو القبول آثار حددها القانون[1].

وسنناقش في هذا المبحث موضوعات الوفاء بسند السحب والإمتناع في البنود التالية:

البند الأول: ميعاد الاستحقاق

الاستحقاق هو التاريخ الذي يجب أثناءه الوفاء بقيمة السند، وهو من البيانات الإلزامية التي يجب ذكرها، وإن خلو السند من ذكر تاريخ الاستحقاق لا يفقده صفته كسند سحب، بل يعد مستحق الدفع لدى الاطلاع عليه[1].

---

(1) انظر د. محسن شفيق. القانون التجاري. الجزء الثاني ـ العقود التجارية ـ الأوراق التجارية ط١٩٥٧/٢ ص٢٩٥ ويقول: "واما الحامل فيهمه أمر مقابل الوفاء لأنه يملكه ولأنه من الضمانات التي تؤكد حقه في ان وجود المقابل عند المسحوب عليه بيسر على الحامل الحصول على الوفاء، إذ الغالب الا يمتنع المسحوب عليه عن الدفع ما دام أنه مدين حقاً للساحب، وما دام أن الوفاء للحامل يبرئ ذمته قبل دائنه الأصلي"، وراجع د. مصطفى كمال طه. الأوراق التجارية والإفلاس ص١٦١، د. سميحة القليوبي. الأوراق التجارية ط١٩٨٧ ص١٧٩، وانظر د. محي الدين إسماعيل علم الدين. شرح قانون التجارة الجديد ط١٩٩٩. ص٧٤٦، د. أحمد زيادات وإبراهيم العموش. الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية ص٢١٨.

ونصت المادة (١٦٤) من قانون التجارة على الطرق المختلفة لتعيين ميعاد الاستحقاق، ويختار ذوو الشأن إحداها. وهذا يعني أن ذوي الشأن ملزمون باختيار إحدى هذه الطرق لأنها وردت على سبيل الحصر. ودليل ذلك ما نصت عليه المادة (١٦٤) من قانون التجارة بأن "يكون السند باطلاً إذا اشمل على ميعاد استحقاق آخر أو على مواعيد متعاقبة".

وحددت هذه المادة الطرق التي يجوز لذوي الشأن اختيار إحداها كموعد للاستحقاق. وهذه الطرق:

١. لدى الاطلاع.
٢. بعد مضي مدة معينة من الاطلاع.
٣. بعد مضي مدة معينة من تاريخ السند.
٤. بيوم معين.

البند الثاني: شروط صحة الوفاء

لا بد من تحقق الشروط التي نصت عليها المادة (١٧١) من قانون التجارة لكي يعد الوفاء في سند السحب صحيحاً، ويلتزم المدين بسند السحب بهذه الشروط وليس له أن يعارض في الوفاء إلا ضمن شروط نصت عليها المادة (١٧٤) من القانون وحددت المواد ١٧٥- ١٧٩ أحكام الوفاء بالسند الضائع وفق إجراءات نصت عليها.

وسنناقش فيما يلي شروط صحة الوفاء في سند السحب والمعارضة في الوفاء، والوفاء في حالة تعدد نسخ السند أو ضياعه أو ضياع إحدى نسخه أو إفلاس حامله.

أولاً: الشروط القانونية

حددت المادة (١٧١) من قانون التجارة شروط صحة الوفاء بسند السحب بثلاثة وهي: الوفاء في ميعاد الاستحقاق، ونصت على أنه "لا يجبر حامل السند على استلام قيمته قبل الاستحقاق فإذا أوفى المسحوب عليه قبل الاستحقاق تحمل تبعة ذلك"،

(١) انظر المادة ١٢٥ من قانون التجارة، وعدّ المشرع المصري تاريخ الاستحقاق من البيانات الجوهرية التي يترتب على إغفالها فقدان السند صفته الصرفية المادة (١٠٥) من قانون التجارة المصري. وعكس ذلك القانون التجاري اللبناني المادة (٣١٦) وورد حكم النص فيها متفقاً مع نص المادة (١٢٥) من قانون التجارة الأردني.

والوفاء دون غش أو خطأ جسيم وقضت بأنه: "ومن أوفى في ميعاد الاستحقاق برئت ذمته ما لم يكن ذلك عن غش أو خطأ جسيم"، والاستيثاق من صحة تسلسل التظهيرات، بما يعني أن يتم الوفاء للحامل الشرعي للسند.

وأما ما يتعلق بالوفاء في ميعاد الاستحقاق فإن ذمة المدين لا تبرأ إلا إذا أوفى في هذا الميعاد، وإذا حصل خلاف ذلك بأن أوفى قبل هذا الميعاد فيتحمل مخاطر هذا الوفاء ويصبح مسؤولاً عن صحته وهو ما نصت عليه الفقرة ٢ من المادة (١٧١) من قانون التجارة[1]، لأن الوفاء الذي يحصل في ميعاد الاستحقاق يعد قرينة على براءة الذمة، ويجوز أن يثبت عكسها بالدليل المستفاد من سوء نية المدين أو تقصيره، وهذا ما نصت عليه الفقرة ٣ من المادة (١٧١) عندما قررت أن ذمة المدين تبرأ بالوفاء في ميعاد الاستحقاق ما لم يكن ذلك عن غش أو خطأ جسيم. ويمكن التدليل على سوء النية بإثبات التواطؤ بين المدين والحامل بقصد الإضرار بالدائن الحقيقي أو بإثبات علم المدين بعدم أهلية طالب الوفاء أو انعدام صفته في اقتضاء الدين.

أما تقصير المدين الذي ينتج عنه الخطأ الجسيم فيمكن تقريره بإثبات عدم اتخاذ الاحتياطات المعقولة التي يقتضيها حسن التبصر بعواقب الأمور.

وبعد أن استقر العرف التجاري على أن هناك قدراً أدنى من الحيطة والحذر يتعين على المدين مراعاتهما وإلا كان مسؤولاً عن دفع قيمة السند مرة ثانية، قنن المشرع هذا القدر من الحيطة والحذر وفق نص المادة ٤/١٧١ من قانون التجارة بضرورة التحقق من صحة تسلسل التظهيرات وليس بالتثبت من صحة تواقيع المظهرين.

أما الشرط الثالث لصحة الوفاء فهو الوفاء للحامل الشرعي، وهو صاحب الصفة وفق نص المادة (٣٢٠) من القانون المدني كأصل عام والتي نصت على أنه:

---

(١) انظر النصوص المماثلة في المادة (٣٥٥) من قانون التجارة اللبناني، والمادة (١٤٣) من قانون التجارة المصري، والمادة (٤٥٧) من قانون التجارة السوري، والمادة (٤٠) من القانون الموحد، وقارن (٤٢٦) من القانون العراقي القديم ووردت على النحو التالي: (لا يجبر الحامل على قبض بدل البوليصة قبل أجل الاداء، والمخاطب الذي يؤدي بدل البوليصة قبل أجل ادائها مسؤول عن الأخطار التي تترتب من أجل تلك التأدية، وتبرأ ذمة كل من يؤدي بدلها عند أجل ادائها من كل تبعية قانونية، ما لم تتحقق دفوع الاحتيال أو الغش الفاحش منه وعلى مؤدي البوليصة أن يدقق صحة وقوع تسلسل التظهير (الجيرو)، ولكنه غير مسؤول عن تحقيق تواقيع المظهرين).

"يكون الوفاء للدائن أو لنائبه ويعد ذا صفة في استيفاء الدين من يقدم للمدين مخالصة صادرة من الدائن إلا إذا كان متفقاً على أن الوفاء يكون للدائن شخصياً".

ورغم ذلك فإن المشرع لم يقتنع بضرورة ثبوت صفة الدائنية أو النيابة لطالب الوفاء بل اكتفى أن يكون هذا الطالب حاملاً للسند على نحو آل إليه بطريق من طرق التداول التجارية كالمناولة والتظهير[1].

ثانياً: المعارضة في الوفاء

من المتفق عليه أن الأوراق التجارية لا تؤدي وظيفتها كأداة وفاء أو أداة ائتمان إذا ترك باب المعارضة في دفع قيمتها مفتوحاً، ذلك لأن القلق الذي ينتاب الحامل وما يبعثه في نفسه من شك في الحصول على قيمة الورقة التجارية سيجعله يرفض قبول الورقة كوسيلة للوفاء بحقه، وقد يحمله القلق والشك على الظن بالمدين الذي يتعامل معه[2]، لذلك رأى المشرع التجاري أن الوسيلة الناجحة لدعم الائتمان ورعاية حق الحامل هي تحريم المعارضة في الوفاء إلا في حالات استثنائية.

ونصت المادة (١٧٤) من قانون التجارة على أنه"لا تقبل المعارضة في وفاء السند إلا إذا ضاع أو أفلس حامله".

لذلك نجد أن المعارضة في دفع قيمة سند السحب لحامله الشرعي لا تقبل إلا في حالة ضياعه أو إفلاس حامله. وأن القاعدة العامة هي عدم جواز المعارضة، والاستثناء هو المعارضة ضمن حالتين نصت عليهما المادة (١٧٤) من قانون التجارة[3] والمشرع إذ قرر حكم هذا النص هدف من ورائه تحريم المعارضة في الوفاء تدعيماً للثقة بالسندات كأداة وفاء، بما في ذلك حماية الحامل من العراقيل التي قد تؤخر استيفاء حقه، وخرج بذلك عن القواعد العامة التي تقرر أن للدائن طلب توقيع الحجز الاحتياطي على أموال المدين المنقولة وغير المنقولة وأمواله الموجودة بحيازة الشخص الثالث نتيجة

---

(١) انظر في ذلك د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص (١٧٠) د. محمود سمير الشرقاوي: ص (٣٩٥). د. ادوار عيد: ص (٥٠٢) وما بعدها. د. أمين محمد بدر: ص (٢٣٥).

(٢) انظر د.محسن شفيق: ص (٣٢١).

(٣) راجع د. أمين محمد بدر: ص (٣٢٩).

للدعوى[1] بأن حرم المعارضة في الوفاء إلا في حالة ضياع السند أو إفلاس حامله، ويكون الضياع نتيجة الفقد أو السرقة، وبشأن إفلاس الحامل، فذلك لأن الوفاء في هذه الحالة يكون لوكيل التفليسة[2].

ويرى بعضهم أن طبيعة الالتزام الصرفي تجعل الحجز قليل الجدوى للدائن الحاجز، لأن الحامل المدين يستطيع أن يظهر السند إلى آخر حسن النية على نحو يصبح فيه الحجز مقابل الوفاء غير ذي جدوى لانتقال ملكيته إلى المظهر إليه الجديد[3]، وهكذا فإن المعارضة في الوفاء بقيمة سند السحب غير مقبولة بصرف النظر عن الطريقة التي وقعت بها سواء أكان بإعلان أم بحجز ما للمدين لدى الآخر، وأنه يتعين على المدين بل ومن واجبه إهمال المعارضة إلا إذا وردت هذه المعارضة ضمن الاستثنائين المقررين في المادة (١٧٤) من قانون التجارة فيكون ملزماً بالامتناع عن الوفاء، وإذا فعل بأن أوفى على الرغم من المعارضة، يلزم بالوفاء مرة أخرى لصاحب الحق لأن الوفاء الأول غير صحيح وغير مبرّأ[4].

ثالثاً: المعارضة في الوفاء لضياع السند

أجاز المشرع المعارضة في الوفاء في حالة ضياع سند السحب، ويعني ذلك أن حامل السند يمكنه إخطار المسحوب عليه لمنعه من الوفاء حتى تظهر حقيقة من يملكه، والقضاء هو الذي سيقول كلمته في النزاع الذي سيحصل بين حائز السند ومدعي ملكيته.

---

(١) انظر نص المادة (١٤١) من قانون أصول المحاكمات المدنية وانظر المادتين ٥٩١، ٦٢٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني ولاحظ ان نص المادة (٥٩٦) من الأصول المدنية اللبناني التي تعدد الأموال التي لا تقبل الحجز وذكرت من جملتها السفاتج (الكمبيالات) والأسناد لأمر (السندات الإذنية).

(٢) انظر د. رضا عبيد: القانون التجاري، ط ١٩٨١ ص (٢٨٦).

(٣) انظر نص المادة (١٣٥) من قانون التجارة وتنص على أنه: (تنتقل ملكية مقابل الوفاء بحكم القانون إلى حملة سند السحب المتعاقبين).

وراجع د. علي البارودي: العقود التجارية ص (٥٨٢) ولذات المؤلف، القانون التجاري، ص (١٣٦)، وانظر د. سميحة القليوبي: هامش ١ ص (١٩٦). د. مصطفى كمال طه: ص (١٧٣).

(٤) انظر د.محسن شفيق: ص (٣٢٣).

ويترتب على هذه المعارضة التزام المدين بالامتناع عن الوفاء وإلا كان وفاؤه غير صحيح ويتحمل الضرر الناشئ للمالك الحقيقي وهو الوفاء مرة ثانية[1]. ويرى الفقه أن تفسير لفظ الضياع الوارد في المادة (١٧٤) من قانون التجارة يشمل السرقة والهلاك والغصب وفقدان الحيازة بسبب غير إرادي[2].

رابعاً: المعارضة في الوفاء لإفلاس حامل السند

الإفلاس نظام قاصر على التجار ويفترض توقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها، وينتج عن حالة الإفلاس بطلان تصرفات المدين في فترة حددها المشرع بهدف حماية الدائنين، بالإضافة إلى رفع يده عن إدارة أمواله والتصرف بها على نحو يمتنع عليه المطالبة بحقوقه، ويرى بعض الفقه أن إعلان إفلاس حامل السند لا يكفي لمنع المدين من الوفاء وأنه يجب على الدائن أن يبادر إلى المعارضة في الوفاء حتى إذا لم يفعل ووفى المدين للحامل المفلس في موعد الاستحقاق كان وفاؤه صحيحاً ومبّرءاً ما لم يثبت أنه كان يعلم بحالة الإفلاس، وهو نفس الحكم بشأن وكيل التفليسة الذي أهمل في توجيه المعارضة وأوفى المدين إلى المفلس في ميعاد الاستحقاق[3].

ويذهب الرأي الراجح في الفقه إلى قياس حالة نقص الأهلية أو انعدامها لدى الحامل على حالة الإفلاس، بحيث تجوز المعارضة في الوفاء لناقص الأهلية أو عديمها[4]. وبهذا يكون نص المادة (١٧٤) من قانون التجارة لم يورد حصراً حالتي الضياع والإفلاس، بل يمكن أن يقاس عليهما حالات أخرى عد الفقه أن اللفظ الوارد في النص يتسع لاستيعابها[5].

---

(١) انظر المستشار محمد علي راتب: ص (٢٨٩). و د.مصطفى كمال طه: ص (١٢٧). د. سميحة القليوبي: ص (١٩٦).

(٢) انظر د.محسن شفيق: ص (٣٢٢)، د. ادوار عيد: المرجع السابق ص (٥١٤) د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص (١٧٤) ويقول: (إن الرأي مستقر على أن نطاق تطبيقها عام على كل حالة يتجرد فيها المالك من حيازة الصك بغير إرادته كالسرقة). وكان يناقش موضوع فقد السند أو ضياعه وفق احكام المادة (٣٥٨) من قانون التجارة اللبناني.

(٣) انظر د. محسن شفيق: ص (٣٢٢). د.ادوار عيد، ص (٥١٤)، د. محمود سمير الشرقاوي: ص (٢٩٨).

(٤) د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص (٢٩٨).

(٥) د. محسن شفيق: ص (٣٢٢)، د. مصطفى كمال طه: ص (١٧٤).

خامساً: الوفاء في حالة ضياع السند

حددت المواد ١٧٤ ـ ١٨٠ من قانون التجارة الأحكام المتعلقة بوفاء قيمة السند الضائع. وبعد أن أجاز نص المادة (١٧٤) المعارضة في وفاء السند في حالة ضياعه، وضح المشرع كيفية الوفاء بالسند الضائع وميز في الأحكام بين السند المقترن بالقبول وغير المقترن وبين السند المتعدد النسخ والسند الصادر من نسخة واحدة. ونناقش ذلك **فيما يلي:**

١- سند السحب متعدد النسخ:

يجوز لمستحق قيمة السند الضائع المطالبة بوفائه إذا كان حائزاً على إحدى نسخه الأخرى في حالة ما إذا كان السند غير حائز على قبول المسحوب عليه[1].

أما إذا كان السند يحمل قبول المسحوب عليه فليس للحامل أن يتقدم بنسخة منه يطالب بالوفاء على أساسها، ذلك لأن ذمة المسحوب عليه لا تبرأ إلا إذا وقع الوفاء بمقتضى النسخة التي تحمل قبوله. وهذه هي القاعدة العامة، وورد الاستثناء عليها عندما تدخل المشرع وأجاز الوفاء بموجب إحدى نسخ السند الأخرى بأمر المحكمة شريطة تقديم كفيل.

لذلك فإن نص المادة (١٧٦) من قانون التجارة قرر القاعدة العامة وهي عدم جواز الوفاء بموجب إحدى نسخ السند الذي يحمل قبول المسحوب عليه، وفي الوقت ذاته أورد هذا النص استثناء يجوز على أساسه الوفاء بإحدى نسخ السند الضائع المقترن بالقبول بشرطين:

الأول: صدور أمر من المحكمة: وهذا الأمر هو قرار قضائي يلزم المدين بسند السحب الضائع أن يدفع للمدعي قيمته، ونرى أن المحكمة عندما تأمر بذلك تتأكد من المالك الحقيقي للسند، وأن المدعي على حق بما يدعي،

---

(١) القبول يعني أن يقدم المستفيد السند إلى المسحوب عليه في وقت يسبق استحقاقه بحيث يوقع الأخير السند بما يعني أنه أصبح ملتزماً بالوفاء بموعد الاستحقاق. وبيان ذلك في موضع لاحق. انظر نص المادة (١٧٥) من قانون التجارة وورد على النحو التالي: (إذا ضاع سند غير مقبول جاز لمستحق قيمته أن يطالب بوفائه بموجب إحدى نسخه الأخرى).

ولا نرى كما يرى بعضهم أن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية إزاء إصدار أمره للمسحوب عليه بالوفاء[1].

الثاني: تقديم كفيل: هذا هو الشرط الثاني الذي يتوقف عليه صدور قرار المحكمة القاضي بإلزام المسحوب عليه بوفاء قيمة السند الضائع.

ويتحقق هذا الشرط بصدور أمر المحكمة بحيث يتوجب على المسحوب عليه دفع قيمة السند للحامل، وتبرأ ذمته إزاء حامل نسخة السند المقترنة بالقبول إذا ظهر فيما بعد وأقام الدليل على أنه المالك الحقيقي له، ويمكن للأخير الرجوع إلى من استوفى قيمته دون وجه حق وأن له الرجوع إلى الكفيل.

٢- ضياع النسخة الوحيدة للسند أو جميع نسخه:

أراد المشرع أن يقف إلى جانب المستفيد حامل سند السحب في حالة فقدان نسخة السند الوحيدة أو كل نسخه، فأجاز له اللجوء إلى من ظهر له السند في الحصول على توقيع سلفه، ويتسلسل من مظهر إلى سلفه حتى يصل إلى الساحب، ويكون بهذه العملية قد حصل على تواقيع المظهرين والساحب، وقررت المادة (١٧٩) من قانون التجارة الطريقة الواجب اتباعها من أجل حصول صاحب السند الضائع على نسخة منه، ومع ذلك فإن حكم هذا النص قد امتد ليقيد حامل نسخة السند الثانية بالمطالبة بالوفاء بشرطين هما أمر المحكمة وتقديم الكفيل وذلك وفق أحكام المادة (١٧٧)[2].

٣- الامتناع عن وفاء السند الضائع:

الامتناع عن الوفاء عموماً يرتب للحامل حقوقاً ويفرض عليه واجبات، وهذا ما سنناقشه في موضع لاحق من هذه الدراسة، غير أننا سنعرض لامتناع المسحوب عليه عن وفاء السند الضائع على نحو نبين فيه الإجراءات الواجب اتباعها وفق أحكام القانون.

تنص المادة (١٧٨) من قانون التجارة على أنه: (في حالة الامتناع عن وفاء السند الضائع بعد المطالبة به وفقاً لأحكام المادتين السابقتين، يجب على مالكه محافظة

---

(١) يرى بعض الفقه أن المحكمة المختصة بإصدار الأمر هي قاضي الأمور المستعجلة، وإن الأخير يتمتع بسلطة تقديرية في هذا الشأن وانظر د. مصطفى كمال طه: ص (١٧٨).

(٢) يقابل هذا النص المادة ٥/٤٦٥ من قانون التجارة السوري والمادة (٦٣٦) من قانون التجارة اللبناني والمادة (١٥٣) من قانون التجارة المصري. راجع ما سبق البند رابعاً، في حالة ضياع السند.

على جميع حقوقه أن يثبت ذلك باحتجاج يقدمه في اليوم التالي لاستحقاق ذلك السند ويبلغ للساحب والمظهرين في المواعيد وبالأوضاع المبينة في المادة (١٨٣) من هذا القانون[١].

وهكذا فإن مالك السند الذي يسلك الطريق الذي رسمه القانون يتقرر حقه باتباع الإجراءات التي ورد النص عليها في المادة (١٨٣) من قانون التجارة، وهي التي تبحث في الإجراءات الواجب اتباعها من قبل حامل السند تجاه المظهرين والساحب، وهذه الإجراءات تبدأ بإرسال الإشعار بعدم القبول أو عدم الوفاء، وهذا الإشعار يقوم مقام الاحتجاج لأنه يفترض أن مالك السند قد حصل على أمر القاضي بالوفاء، بعد تقديم الكفالة وأنه تقدم إلى المسحوب عليه فرفض الأخير الوفاء، وأنه محافظة على حقوقه يثبت هذه الوقائع عن طريق الاحتجاج الذي يقدمه في اليوم التالي لاستحقاق السند[٢].

وإجراءات الرجوع على الملتزمين الضامنين في السند الضائع تختلف عن إجراءات الرجوع العادية، ذلك لأن الاحتجاج وفق أحكام المادة (١٧٨) من قانون التجارة يقوم مقام الاحتجاج لعدم الوفاء المقرر في المادة (١٨٢) من ذات القانون. أما الورقتان: "الاحتجاج في حالة الامتناع عن وفاء السند الضائع والاحتجاج لعدم الوفاء" فلا تختلفان عن بعضهما، إلا في أن الأولى لا تشتمل على صورة حرفية من السند وهذا الفارق بين الورقتين مصدره إعطاء صورة كاملة عن بيانات سند السحب الضائع[٣].

البند الثالث: ضمانات الوفاء بسند السحب

الأوراق التجارية عموماً ذات خصائص تميزها عن غيرها من الأوراق. ولا بد للمتعاملين بها من الاطمئنان إلى أنها ستؤدي وظيفتها وفق ما استقر عليه العرف

---

(١) يقابل هذا النص المادة (٦٤٦) من قانون التجارة السوري والمادة (٣٦٢) من قانون التجارة اللبناني والمادة (١٥٢) من قانون التجارة وتتضمن جميع هذه القوانين أحكاماً مشابهة لما ورد في القانون الأردني.

(٢) انظر د. ادوار عيد: المرجع السابق ص (٥٣٦). د. أمين محمد بدر: ص (٢٤٧).

(٣) انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص (١٨٠) والمادتين ١٩٣، ١٩٤ من قانون التجارة وورد نص الأخيرة كما يلي: (لا يقوم أي إجراء مقام الاحتجاج إلا في حالة ضياع السند وعندئذ تسري أحكام المواد ١٧٥ - ١٨٠).

التجاري وما نصت عليه التشريعات. وحتى تؤدي وظيفتها في الوفاء والائتمان، أحاطها المشرع بضمانات تمكن حاملها من استيفاء قيمتها كحق ثابت فيها.

وسند السحب كورقة تجارية أحاطه المشرع بضمانات عديدة. حيث أقام التضامن بين الملتزمين، وملك حامله مقابل الوفاء، وأجاز له تقديمه للقبول. بالإضافة إلى الضمانات الخاصة التي يجوز للأطراف اشتراطها كالضمان الاحتياطي والرهن وغيرها.

وهكذا فإن سند السحب لا تتضمن بياناته ما يدل على التزام المسحوب عليه بالوفاء للحامل، إلا أن الغالب في العمل التجاري ألا يتم تحريره إلا إذا كان الساحب دائناً للمسحوب عليه، أو توقع نشوء هذه المديونية في ميعاد الاستحقاق[1].

أما مديونية المسحوب عليه للساحب فتمثل مقابل الوفاء، ولأن المشرع قرر للحامل حقاً خاصاً مقابل الوفاء عندما مكنه من مطالبة المسحوب عليه بهذا المقابل، فهو في الوقت ذاته أضاف إلى الضمانات المقررة للحامل ضماناً جديداً يمكنه من استيفاء حقه. وهذا الضمان هو مقابل الوفاء الذي يعد أحد الضمانات المقررة لصالح الحامل.

كما قرر المشرع ضماناً آخر يضاف إلى الضمانات التي ذكرناها عندما أضاف إلى الملتزمين بالسند ملتزماً آخر هو المسحوب عليه القابل، ويأتي هذا الضمان نتيجة لحرص الحامل الذي يستوثق من مدى استعداد المسحوب عليه للوفاء بتقديم السند للقبول، إذ إن المسحوب عليه بتوقيعه السند بما يفيد القبول يؤدي إلى اطمئنان الحامل بأن ملتزماً جديداً زيد على الملتزمين السابقين وهو الساحب والمظهر وغيرهما.

أما ما يتعلق بضمان الوفاء بالسند بالتضامن فيبدو أنه أهم الضمانات، ذلك لأن الحامل يستطيع الرجوع إلى كل الملتزمين ابتداء من الساحب والمظهرين والضامنين والمسحوب عليه والمتدخلين ليس بما يخص كل واحد منهم فحسب، بل بكل المبلغ المحدد في السند، أي أن الحامل يستطيع أن يرجع إلى أي واحد من الملتزمين بكامل المبلغ، ويستطيع أن يرجع إلى كل الملتزمين.

هذه هي الضمانات المقررة للوفاء في سند السحب، وماهية السند تقتضي أن تتوافر هذه الضمانات، على أن الحامل إذا لم يقتنع بها وساوره الشك أنها لن تكون

---

(١) راجع د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص (١٤٦).

كافية لتقاضي حقه، فإن له أن يشترط من الضمانات ما يحقق له الاطمئنان إلى هذا الحق، وهذه الضمانات يتم الاتفاق عليها بين المتعاملين بالورقة التجارية بشرط ألا تكون مخالفة لنص القانون الآمر، وأقل هذه الضمانات هو الضمان الاحتياطي المتمثل بالكفالة والضمانات العينية المتمثلة بالرهن.

البند الرابع: مقابل الوفاء

هو دين نقدي للساحب في ذمة المسحوب عليه يساوي قيمة سند السحب على الأقل ومستحق الأداء في ميعاد متفق عليه ومدون بالسند.

وعرفه بعضهم بأنه "الدين النقدي الذي يكون للساحب طرف المسحوب عليه نتيجة علاقات بينهما خارجة عنه وسابقة عليه، والذي على أساسه يصدر الساحب أمره للمسحوب عليه عند إصدار هذا السند".[1]

وعرفه آخرون بأنه "المؤونة وأنها دين بمبلغ من النقود مساوٍ على الأقل لقيمة سند السحب، ويكون للساحب تجاه المسحوب عليه من تاريخ استحقاق هذا السند".[2]

ومجمل هذه التعريفات يبين أهمية مقابل سند السحب كما يحدد معناه ويوضح المسؤول عن تقديمه، أما معنى مقابل الوفاء كما يصوره قانون التجارة فيمثل ديناً نقدياً في ذمة المسحوب عليه، ويتحقق وجود هذا الدين في ميعاد الاستحقاق، ويكون مستحقاً بذات التاريخ، ويكفي للوفاء بقيمة السند.

البند الخامس: الامتناع عن الوفاء وآثاره

يتعين على حامل سند السحب مطالبة المسحوب عليه بالوفاء في ميعاد الاستحقاق وهو ما نصت عليه المادتان: (١٥٦) الفقرة ٢، و (١٦٩) الفقرة ١ من قانون التجارة[3].

---

(١) د. سميحة القليوبي: المرجع السابق ص: ١٥٤.

(٢) د. أدوار عيد: المرجع السابق، ص: ٢٩٨.

(٣) نصت المادة (١٦٥) في الفقرة ٢ من قانون التجارة على ان سند السحب يجب ان يقدم للوفاء في خلال سنة من تاريخه، ونصت المادة (١٦٩) الفقرة ١ من ذات القانون بأنه: "على حامل السند المستحق الوفاء في يوم معين او بعد مدة معينة من تاريخه أو من تاريخ الاطلاع عليه أن يقدم للدفع في يوم استحقاقه" ويماثل هذا الحكم ما ورد في المادة (١٦١) من قانون التجارة المصري والمادة (٤٢١) الفقرة ٢ من قانون التجارة السوري والمادة (٤٥٥) من ذات القانون.

وبهذا فإنه إذا حل ميعاد الاستحقاق وأوفى المسحوب عليه بقيمة السند، ترتب على ذلك انقضاء السند، أما إذا امتنع عن الوفاء فإنه يثبت للحامل حق الرجوع إلى الضامنين، وهذا يعني أن على الحامل أن يقوم ببعض الواجبات المعتمدة أساساً لحفظ حقوقه في الرجوع على هؤلاء الضامنين، وهذا الرجوع يتعين على الحامل القيام به ضمن المدد التي حددها القانون.

ولخطورة الامتناع عن الوفاء بالسند المستحق للأداء، أوجب القانون على الحامل إثبات هذا الامتناع بوثيقة رسمية تسمى الاحتجاج لعدم الوفاء. ولأن هذا الاحتجاج يحمل معنى يسيء إلى المسحوب عليه ويؤثر في ائتمانه على نحو قد يكون فيه نذير إفلاس للتاجر، لأنه يصلح دليلاً على توقفه عن دفع ديونه، فإن المسحوب عليه يسعى بكل جهده للوفاء بالتزاماته المستحقة في ميعادها درءاً لخطر مقاضاته وتحميله ما يترتب عليه من نفقات[1].

وحرص المشرع على ضمان حقوق الحامل ليس فقط عندما أجاز له الرجوع إلى الضامنين إذا امتنع المسحوب عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق، بل عندما أجاز له الرجوع إلى هؤلاء الضامنين قبل ميعاد الاستحقاق[2].

وإمعاناً في حماية الحامل الذي قد يفاجأ بامتناع المسحوب عليه عن الوفاء، فإن المشرع أجاز له إلقاء الحجز التحفظي، ونتحدث عن الامتناع في البندين التاليين:

أولاً: الاحتجاج لعدم الوفاء[3]

نصت المادة (١٨١) الفقرة ١ من قانون التجارة على أن: "لحامل السند عند عدم وفائه له في تاريخ الاستحقاق الرجوع إلى مظهريه وساحبه وغيرهم من الملتزمين" "وله

(١) انظر د. أمين محمد بدر المرجع السابق، ص٢٥٠.

(٢) أجاز المشرع للحامل الرجوع إلى الضامنين قبل ميعاد الاستحقاق إذا امتنع المسحوب عليه عن القبول، وفي حالة إفلاس المسحوب عليه أو توقفه عن دفع ما عليه، وفي حالة إفلاس الساحب. انظر نص المادة (١٨١) الفقرة ٢ من قانون التجارة وراجع د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص: ١٨٩

(٣) وردت كلمة بروتستو في بعض التشريعات بما يؤكد أصلها غير العربي، وهي مشتقة من الكلمة اللاتينية وهي بالفرنسية protect والإنجليزية Protest.

حق الرجوع إلى هؤلاء قبل الاستحقاق في الأحوال الآتية" وعددت المادة المذكورة الحالات التي يجوز فيها الرجوع قبل ميعاد الاستحقاق.

وبهذا نرى أن حامل السند يستطيع الرجوع إلى الملتزمين بالسند في حالات أربع هي: عدم الوفاء، والامتناع الكلي أو الجزئي عن القبول، وإفلاس المسحوب عليه أو توقفه عن دفع ما عليه أو الحجز على أمواله، وإفلاس ساحب السند المشروط بعدم تقديمه للقبول.

ويتعين أن يثبت الامتناع عن القبول أو الوفاء بوثيقة رسمية تسمى الاحتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء.

ثانياً: ماهية الاحتجاج وشروطه

أما الاحتجاج فهو وثيقة رسمية تنظم بوساطة كاتب العدل وفق أحكام قانون أصول المحاكمات المدنية، وهذه الوثيقة يتعين تبليغها للمسحوب عليه في محل إقامته وفق أحكام المواد ٤ ـ ١٦ من القانون المشار إليه[1].

وتشتمل وثيقة الاحتجاج على صورة حرفية للسند بكل البيانات الثابتة فيه مثل عبارات القبول والتظهير والضمان وغيرها.

ونصت المادة (١٩٣) من قانون التجارة على أنه "تشتمل ورقة الاحتجاج على صورة حرفية للسند، ولما أثبت من عبارات القبول والتظهير مع ذكر الشخص الذي حصلت التوصية بقبوله السند أو وفائه عند الاقتضاء، كما يجب أن تشتمل على الإنذار بوفائه لقيمته ويذكر فيها حضور أو غياب الملتزم بالقبول أو الوفاء، وأسباب الامتناع عن القبول أو الوفاء، والعجز عن وضع الإمضاء أو الامتناع عنه وتنبيه الكاتب العدل بالوفاء".

وتطبيقاً لذلك، فإن الاحتجاج إذا أغفل فيه أحد البيانات الجوهرية ـ التي من شأنها أن تفقده إحدى صفاته التي لا يتحقق بعدها الغرض المقصود منه على الوجه الذي ابتغاه المشرع ـ يكون باطلاً. كما لو خلا من ذكر امتناع المدين عن الوفاء.

---

(١) تطبق نصوص قانون أصول المحاكمات الساري المفعول وهو القانون رقم (٢٤) لسنة ١٩٨٨.

ويترتب على الحكم ببطلان الاحتجاج اعتباره كأن لم يكن، ولا ينتج الآثار التي تترتب على الاحتجاج الصحيح[1].

وفي هذا قضت محكمة النقض المصرية أنه لا يجوز للمظهر أو ضامنه الاحتماء بالسقوط الوارد في بعض نصوص القانون وقالت: "أوجب القانون لرجوع الحامل إلى المظهرين وضمانهم الاحتياطيين تحرير بروتستو عدم الدفع في اليوم التالي لميعاد الاستحقاق وإعلان البروتستو وورقة التكليف بالحضور إلى من يريد الرجوع إليه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تحرير البروتستو، ورتب على إهمال أي من هذه الإجراءات سقوط حقه في الرجوع، إلا أنه يجوز إعفاء الحامل من كل أو بعض هذه الواجبات بالاتفاق على شروط الرجوع بلا مصاريف والذي قد يرد بذات الورقة أو في ورقة مستقلة، كما يكون صريحاً أو ضمنياً يستخلص منها بهذا الشرط فإنه لا يجوز للمظهر أو ضامنه الاحتماء بالسقوط"[2].

وشروط الاحتجاج كما تضمنها نص المادة (١٨٢) من قانون التجارة يمكن إجمالها بما يلي:

١- ثبوت الامتناع عن القبول أو عن الوفاء.

٢- تقديم الاحتجاج لعدم القبول في الميعاد المعين لعرض السند مع مراعاة عرضه ثانية في اليوم التالي وفق نص المادة (١٦٤) من قانون التجارة.

---

(١) انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص: ١٩٧ ويقول: "وبطلان الاحتجاج كإغفاله يستتبع سقوط حق الحامل في الرجوع إلى الضامنين فيما عدا المسحوب عليه القابل والساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء. انظر كذلك نقض مصري تاريخ ١٩٦٧/٦/١٥. مجموعة احكام النقض لسنة ١٩١٨ ق، ص: ١٢٧٥ في حيثيات الحكم أن: "إهمال حامل الورقة التجارية في عمل بروتستو بعدم الدفع وفي اتخاذ إجراءات المطالبة خلال الفترة التي حددها قانون التجارة لا يسقط حقه في الرجوع إلى المدين الأصلي، كما لا يحول هذا الإهمال دون تحصين حامل الورقة قبل هذا المدين بقاعدة تطهير الورقة من الدفوع متى كان هذا الحامل حسن النية".

(٢) نقض مصري تاريخ ١٩٧١/٥/٢٠ مجموعة الأحكام سنة ١٩٢٢ ص: ٦٥٩. وانظر استئناف القاهرة. الدائرة التجارية الأولى. تاريخ ١٩٥٤/٥/٣١ رقم (١١١) لسنة ١٩٧١ ق، وورد في حيثيات الحكم: "أن ما اثاره المستأنفان عليه الثاني ـ الدائن ـ لم يكن قد اتخذ اي إجراء من جانبه قبل رفع الدعوى للمطالبة بدينه ـ كتحرير احتجاج عدم الدفع ـ مردود بأنه منصوص في عقد الاتفاق المحرر بين الطرفين: على ان المدينين يلتزمان بسداد قيمة السندات في مواعيد الاستحقاق دون تنبيه ولا إنذار ولا عمل اي بروتستو فيكون غير مكلف باتخاذ اي إجراء".

٣- تقديم الاحتجاج لعدم الوفاء في أحد يومي العمل التاليين ليوم استحقاقه، ويخص هذا الشرط السند المستحق في يوم معين أو بعد مضي مدة معينة من تاريخه، ومن تاريخ الاطلاع عليه، أما بشأن السند المستحق الأداء لدى الاطلاع فيجب تقديم الاحتجاج لعدم الوفاء وفقاً للشروط المبينة في الفقرات السابقة والمتعلقة بالاحتجاج لعدم القبول.

٤- تقديم الاحتجاج لعدم الوفاء شرط لرجوع الحامل إلى ضامنيه في حالة توقف المسحوب عليه عن الوفاء.

ثالثاً: مواعيد تحرير الاحتجاج

تختلف مواعيد تحرير الاحتجاج حسبما إذا كان الاحتجاج لعدم القبول أو لعدم الوفاء.

أما الاحتجاج لعدم القبول فيجري في الميعاد المعين لعرض السند للقبول، أو في اليوم التالي لهذا العرض، وهو ما نصت عليه المادتان (١٨٢) و(١٦٤) من قانون التجارة. ويستمر سريان المهلة المعينة لعرض السند للقبول حتى تاريخ استحقاقه، إلا إذا كان السند مستحقاً بعد مدة معينة من الاطلاع أو في مدة معينة، وفي هذه الحالات يجب أن يوجه الاحتجاج خلال هذه المدة [(١)].

أما فيما يتعلق بالاحتجاج لعدم الوفاء، فإنه إذا كان السند مستحق الوفاء في يوم معين أو في مهلة معينة من تاريخه، أو من تاريخ الاطلاع عليه وجب توجيه الاحتجاج في أحد يومي العمل التاليين ليوم استحقاقه[(٢)].

وعليه فإن السند الذي يستحق الوفاء لدى الاطلاع عليه يجب تقديم الاحتجاج بشأنه لعدم الوفاء وفق الشروط المتعلقة بالاحتجاج لعدم القبول [(٣)]، لأن السند الذي يستحق لدى الاطلاع عليه لا يعرض على المسحوب عليه للقبول ويمكن تفسير النص على أساس أنه يجب تقديم الاحتجاج في خلال المهلة المعينة لعرض السند للوفاء وهي مهلة السنة من تاريخه المنصوص عليها في المادة (١٥٤) الفقرة ٢ من قانون التجارة.

---

(١) انظر نص المادة (١٨٢) الفقرة ٨ من قانون التجارة. وقارن نص المادة (٣٣٦) والمادة (٣٣٩) من قانون التجارة اللبناني.

(٢) انظر نص المادة (١٨٤) الفقرة ٤ من قانون التجارة ويقابله نص المادة (٣٣٦) الفقرة ٣ من قانون التجارة اللبناني.

(٣) انظر نص المادة (١٨٢) الفقرة ٥ من قانون التجارة.

هذا وتضمن قانون التجارة في المادة (١٩١) حكماً ينظم موضوع الاحتجاج الذي يحول حادثاً قهرياً لا يمكن التغلب عليه دون تقديمه في المواعيد المعينة، بحيث تمدد هذه المواعيد، وأنه إذا استمرت القوة القاهرة "الحادث القهري" أكثر من ثلاثين يوماً بعد يوم الاستحقاق جاز للحامل الرجوع إلى الملتزمين دون حاجة إلى عرض السند أو تقديم الاحتجاج [١].

رابعاً: الآثار القانونية للاحتجاج

يترتب على توجيه الاحتجاج لعدم الوفاء في ميعاده حفظ حق حامل السند في الرجوع إلى الملتزمين، ويعد الاحتجاج أحد وسائل إثبات تقديم السند إلى المسحوب عليه وامتناعه عن الوفاء[٢]، وعليه فإن الاحتجاج حجة يثبت بها تقديم السند، ولا يطعن بهذا الاحتجاج إلا بالتزوير؛ لأنه وثيقة نظمها موظف رسمي هو كاتب العدل هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن أثر الاحتجاج لعدم الوفاء يبدو حسب التظهير اللاحق لهذا الاحتجاج في أنه لا ينتج سوى آثار حوالة الحق[٣]، بالإضافة إلى أن للاحتجاج أثراً يبدو في ائتمان المسحوب عليه سيما إذا كان تاجراً، ذلك أنه يلحق به ضرراً بليغاً بسبب اعتباره دليلاً على توقفه عن الدفع وبالتالي مبرراً لشهر إفلاسه[٤].

وهكذا فإن آثار الاحتجاج تبدو واضحة عندما يتقيد حامل السند بالأصول التي نظمها القانون. ذلك أن هناك أصولاً خاصة نظمها القانون وتتعلق بحالات فقدان سند السحب وتعدد النسخ وتعدد الصور. ووردت أحكام هذه الحالات في المواد ١٧٥ ـ ١٧٩ المتعلقة بفقدان السند وفي المواد ٢٠٨ ـ ٢١٢ المتعلقة بتعدد النسخ وتعدد الصور. وقد سبق الحديث عن هذه الحالات في مواضع سابقة [٥].

---

(١) انظر نص المادة (١٩١) من قانون التجارة ويقابل نص المادة (٣٧٦) من قانون التجارة اللبناني.

(٢) انظر نص المادة (١٩١) من قانون التجارة، ويقابل نص المادة (٣٧٦) من قانون التجارة اللبناني والمتعلقان بالحادث الطارئ الذي يحول دون تقديم السند للاحتجاج. انظر د. أدوار عيد: المرجع السابق ص: ٥٦٧.

(٣) انظر نص المادة ٢/١٥٠ من قانون التجارة وتنص على أن: "أما التظهير اللاحق لتقديم الاحتجاج بسبب عدم الوفاء أو الحاصل بعد انقضاء الأجل المحدد لتقديم هذا الاحتجاج فلا ينتج سوى آثار الأحكام المتعلقة بحوالة الحق المقررة بالقانون المدني" ويقابل هذا النص المادة (٣٣٤) من القانون التجاري اللبناني.

(٤) راجع د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص: ١٩٩ وقارن د. أدوار عيد: المرجع السابق ص: ٥٦٧.

(٥) انظر ما سبق الباب الثاني ص: ١٠٢، ١٢٩.

أما إذا لم يعين الموفي بالتدخل الشخص الذي يوفي نيابة عنه، فإن الوفاء في هذه الحالة يعد كأنه لمصلحة الساحب، ويكون للموفي حق الرجوع إلى هذا الساحب دون غيره على ما سبق بيانه. وهكذا فإن الموفي يستطيع الرجوع عما وفاه ويمارس ذات الإجراءات ويتقيد بذات المواعيد التي كان سيمارسها ويتقيد بها حامل السند، بحيث يكون عليه توجيه الاحتجاج ورفع الدعوى في المواعيد ومراعاة الشكل الذي يحدده القانون وللموفي بالتدخل حق الرجوع بدعويين:

الأولى: دعوى شخصية أساسها الفضالة أو الوكالة وتوجه ضد من تم الوفاء لمصلحته.

والثانية: دعوى الحلول وهي دعوى الصرف وأساسها أن الموفي يحل محل الحامل في حقوقه وواجباته وهذه الحقوق هي الثابتة في السند والضمانات المقررة له، كضمان الموقعين وتضامنهم، وتطهير الدفوع، وملكية مقابل الوفاء، والحجز الاحتياطي، وهذه الضمانات جميعها يحل فيها الموفي محل الحامل، إذ يحق له الرجوع إلى الملتزم الذي أوفى بالتدخل عنه، وإلى من سبقه من الموقعين على السند.

وبهذا يتضح أن الموفي بالتدخل لا يكون حلوله محل الحامل حلولاً كاملاً، إلا إذا كان وفاؤه بالتدخل قد تم لمصلحة المظهر الأخير[1].

أما واجبات الحامل التي تنتقل إلى الموفي فتتعلق بالإجراءات والمواعيد التي نص عليها القانون والتي كان على الحامل أن يتقيد بها لو لم يتم الوفاء بالتدخل وهي: توجيه الاحتجاج وإقامة الدعوى وفق الشكل والمواعيد المقررة.

البند السادس: الرجوع لعدم الوفاء

إذا لم يستوف حامل سند السحب قيمته في ميعاد استحقاقه تعين عليه أن يقوم ببعض الواجبات ليتمكن بعد القيام بها من أن يستوفي حقه الثابت في السند، وأول هذه الواجبات توجيه الاحتجاج؛ لأن ذلك يمكنه من الرجوع إلى الملتزمين في السند بموجب دعوى الرجوع، ومن ناحية أخرى، فلأن حامل السند دائن للموقعين السابقين

(١) انظر تفصيلاً د. محسن شفيق المرجع السابق ص: ٣٤٥.

أجاز له القانون أن يسحب سنداً جديداً على الموقع الذي يرغب الرجوع إليه، ويسمى هذا السند سند الرجوع. وموضوع الرجوع لعدم الوفاء يتطلب الحديث عن حالاته وشروطه والرجوع القضائي "دعوى الرجوع" وشرط الرجوع دون مصاريف والحجز التحفظي على الأموال المنقولة، وكيفية الرجوع إلى الساحب أو الضامنين أو رجوع الملتزمين بعضهم إلى بعض.

وسنمهد للحديث عن هذه الموضوعات بإيجاز عن النظام القانوني للرجوع.

النظام القانوني للرجوع لعدم الوفاء:

يقصد بالنظام القانوني للرجوع لعدم الوفاء تلك القواعد والأسس التي يمكن للحامل أن يطالب على أساسها بقيمة السند الذي تخلف المدين به عن الوفاء بقيمته في ميعاد استحقاقه.

فمن جهة، فإن هذا النظام مبني على أساس من الوكالة أو الفضالة بحيث يستطيع حامل السند مطالبة المدين به بموجب دعوى قضائية - يؤسسها على أنه وكيل عن المستفيد أو فضولي - على أن اتباع هذا الطريق يؤدي إلى إخضاع الرجوع للتقادم المدني وليس الصرفي.

ومن جهة ثانية، فقد يؤسس الحامل دعواه على أساس من قواعد الصرف التي يحل بموجبها محل الدائن في السند، وبذلك تطبق على هذه الدعوى القواعد والأسس الواردة في قانون التجارة مثل: قاعدة تطهير الدفوع وعدم الاحتجاج بالدفوع، ومبدأ استقلال التوقيعات، والتقادم القصير[1].

١- حالات الرجــوع:

نصت المادة (١٨١) من قانون التجارة على ما يلي:

١. " لحامل السند عند عدم وفائه له في تاريخ الاستحقاق الرجوع إلى مظهريه وساحبه وغيرهم من الملتزمين به ".

٢. وله حق الرجوع إلى هؤلاء قبل الاستحقاق في الأحوال الآتية:

أ- في حالة الامتناع عن القبول كلياً أو جزئياً.

---

(١) انظر د. مصطفى كمال طه المرجع السابق ص: ٢٠٩.

ب- في حالة إفلاس المسحوب عليه سواء أكان قبل السند أم لم يكن قد قبله، وفي حالة توقفه عن دفع ما عليه، ولو لم يثبت توقفه بحكم، وفي حالة الحجز على أمواله حجزاً غير مجد.

ج- في حالة إفلاس ساحب السند المشروط عدم تقديمه للقبول.

وبمقتضى هذا النص، فإنه يجوز للحامل أن يرجع إلى الضامنين في حالات أربع: الأولى هي امتناع المسحوب عليه عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق. أما الثلاث الأخرى فيحق للحامل الرجوع إلى الضامنين قبل موعد الاستحقاق[1]. وهذه الحالات:

أ- **عدم الوفاء في ميعاد الاستحقاق:** لكي يتم الرجوع لعدم الوفاء، يجب أن يتقدم حامل السند من المسحوب عليه في ميعاد استحقاقه طالباً وفاء قيمته، وإذا امتنع فله أن يقوم بتحرير الاحتجاج ما لم يتضمن السند شرطاً للإعفاء منه. وبعد إتمام حامل السند هذه الإجراءات يظل حقه في الرجوع لعدم الوفاء قائماً طوال فترة مرور الزمن المنصوص عليها في الفصل العاشر من قانون التجارة [2].

ب- **امتناع المسحوب عليه عن القبول:** يجوز لحامل السند أن يرجع إلى الضامنين قبل ميعاد الاستحقاق إذا توافرت الشروط التالية:

أ- ألا يتضمن السند شرطاً يمنع تقديمه للقبول.

ب- أن يمتنع المسحوب عليه عن قبول السند، ويكون الامتناع بالقبول المشروط، والقبول الجزئي، وكذلك رفض القبول بطريقة التدخل.

ج- أن يقوم حامل السند بتوجيه الاحتجاج.

---

(١) انظر د. أدوار عيد: المرجع السابق ص: ٥٥٠ بعدها. ويقول: "وكذلك خلافاً للقاعدة الصرفية التي تحظر منح المدين اية مهلة قضائية، فقد قضى النص المذكور بإعطاء الضامنين في حالة إفلاس المسحوب عليه او توقفه عن الدفع او حجز أمواله دون جدوى، وفي حالة إفلاس الساحب إذا كان مشترطاً عدم تقديم السند للقبول حق طلب مهلة للوفاء من رئيس المحكمة التجارية". جاء هذا التعليق على نص المادة (٣٦٥) الفقرة ٣ من قانون التجارة اللبناني، والذي يقابله نص المادة (١٨١) الفقرة ٣ من قانون التجارة الأردني.

(٢) يلاحظ أن حق الحامل المهمل في الرجوع إلى الضامنين يسقط إذا هو أهمل القيام بالإجراءات التي حددها القانون أثناء المهل القانونية. انظر نص المادة (١٩٠) من قانون التجارة ويقابله نص المادة (٣٧٤) من قانون التجارة اللبناني، نص المادة (٤٧٦) من قانون التجارة السوري، ونص المادة (٥٣) من قانون جنيف الموحد.

ج- إفلاس المسحوب عليه أو توقفه عن الدفع أو حجز أمواله حجزاً غير مجد:

إن إفلاس المسحوب عليه أو توقفه عن دفع ديونه التجارية إذا كان تاجراً، أو إعساره إذا كان غير تاجر يؤثر في الموقف المالي لحامل السند ويزعزع ضماناته ويرتب عليه سقوط أجل السند بما يجيز للحامل طلب الوفاء قبل ميعاد الاستحقاق سواء أكان المسحوب عليه قبل السند أم لم يقبله. وتقرير ذلك أنه إذا أفلس المسحوب عليه، فإن القبول يصبح غير ذي جدوى ولا قيمة له، وإذا لم يكن المسحوب عليه قد قبل السند، فإن القبول يصبح مستحيلاً؛ لأن يد المفلس تغل ولا يسمح له بإدارة أمواله والتصرف فيها أو ترتيب حقوق على ذمته المالية.

أما بشأن توقف المسحوب عليه عن دفع ديونه فالحديث عنه يأتي في اتجاهين:

الأول: يتضمن حالة توقف التاجر عن دفع ديونه الحالة، وهي حالة تنذر بإفلاسه مما يتزعزع معها ثقة حامل السند ويصبح من حق الأخير الرجوع إليه.

والثاني: يتضمن حالة إعسار المدين وهو الذي تصبح أمواله غير كافية لسداد ديونه الحالة، على نحو لا يطمئن فيه الحامل على حقه، وبهذا يكون له المبادرة في الرجوع إلى المسحوب عليه [1].

أما حجز أموال المسحوب عليه بصورة غير مجدية، فيمكن التدليل على فحوى هذا الحكم كما ورد في المادة (١٨١) من قانون التجارة بما يلي: من المفروض أن جميع أموال المسحوب عليه المنقولة وغير المنقولة محجوزة وسيتم التنفيذ عليها، غير أن قيمة هذه الأموال لا تكفي لسداد ديون

---

(١) نظمت حالة إعسار في المدين المواد ٢٧٥- ٢٨٦ من القانون المدني، ووردت أحكام هذه النصوص تحت بند "الحجز على المدين المفلس" ويقابل هذه الأحكام ما ورد في المواد ٢٤٩- ٢٦٤ من القانون المدني المصري وجاءت تحت بند ـ الإعسار. انظر النص في المادة (٣٧٥) من القانون المدني ويقضي بأنه: "يجوز الحجز على المدين إذا زادت ديونه الحالة على ماله" وانظر ما يقابل هذا النص ما ورد في المادة (٢٤٩) من القانون المدني المصري ويقضي بأنه: "يجوز أن يشهر إعسار المدين إذا كانت أمواله لا تكفي لوفاء ديونه المستحقة الأداء".

الحاجزين، ففي هذه الحالة يكون من واجب الحامل أن يتقدم بالسند للوفاء، وأن يوجه احتجاجاً لعدم الوفاء، لإثبات تعذر الحصول على قيمته، وبعد ذلك يرجع إلى الضامنين وفق أحكام القانون.

د- **إفلاس ساحب السند المشترط عدم تقديمه للقبول:** يجوز للساحب أن يشترط عدم تقديم السند للقبول، وهو ما نصت عليه المادة (١٣٢) الفقرة ١ من قانون التجارة. وعلى ذلك فإنه إذا كان للسند هذه الصفة، فإن حالة من القلق ستنتاب حامله إذا وصل إلى علمه إفلاس الساحب بسبب أن هذا السند أمسى بلا ضمانات، لهذا أقر المشرع حق الرجوع إلى الضامنين قبل ميعاد الاستحقاق [1].

٢- الرجوع القضائي:

إذا امتنع المسحوب عليه عن الوفاء بقيمة سند السحب فلحامله الرجوع إلى الساحب والضامن الاحتياطي والمظهرين ويمكنه في سبيل ذلك أن يسلك أحد طريقين:

الأول: الرجوع بدعوى الصرف إلى الساحب وضامنه الاحتياطي.

الثاني: الرجوع بدعوى الصرف إلى المظهرين.

ومع ذلك فإن لحامل السند حق الرجوع إلى الساحب والمظهرين والضامن الاحتياطي ويختصمهم في دعوى واحدة مؤسسة على مسؤولية كل هؤلاء التضامنية.

وهكذا، فإن الموقعين على السند مسؤولون على وجه التضامن عن الوفاء، وتظهر أهمية هذه المسؤولية التضامنية عند امتناع المسحوب عليه عن الوفاء، وتحرير الاحتجاج، لأن الحامل بعد ذلك يستطيع تحريك الدعوى للرجوع إلى من شاء من هؤلاء.

ونصت المادة (١٨١) الفقرة ١ من قانون التجارة على أن: " لحامل السند عند عدم وفائه له في تاريخ الاستحقاق الرجوع على مظهرية وساحبه وغيرهم من الملتزمين ".

---

(١) يلاحظ أن المشرع فرق بالحكم بين حق حامل السند في الرجوع إلى المسحوب عليه وحقه في الرجوع إلى الساحب. أما الرجوع إلى المسحوب فقد مكن المشرع الحامل الرجوع إليه قبل ميعاد الاستحقاق في حالات ثلاث هي: إفلاسه، وتوقفه عن دفع ديونه، والحجز على أمواله حجزاً غير مجد، وأما الرجوع إلى الساحب فإن المشرع قد أعطى حامل السند حق الرجوع إليه في حالة واحدة هي إفلاسه، ونتمنى على المشرع ان يتدارك ذلك؛ لأنه يتعين ان تماثل حالات الرجوع إلى المسحوب عليه حالات الرجوع إلى الساحب ضماناً، تأكيداً لثقة الحامل في اقتضاء حقه.

وبمقتضى هذا النص فإن القانون يتطلب لمباشرة الرجوع بالدعوى تحديد الملتزمين الذين ينوي الحامل الرجوع إليهم، ولا يمنعه هذا التحديد من مطالبة الآخرين من الملتزمين ولو كان التزامهم لاحقاً لمن أقيمت ضدهم الدعوى أولاً.

وموضوع الدعوى يتضمن:

١- قيمة السند غير المقبولة وغير المدفوعة مع الفوائد إن كانت مشروطة.

٢- الفوائد محسوبة بسعرها القانوني ابتداءً من تاريخ الاستحقاق فيما يتعلق بالسند المسحوب والمستحق الدفع بالأراضي الأردنية.

٣- مصاريف الاحتجاج والإشعارات وغيرها من المصاريف وهذه المفردات التي تشكل موضوع دعوى الرجوع التي نصت عليها المادة (١٥٦) الفقرة ١ من قانون التجارة.

أما فيما يتعلق بإجراءات الرجوع، فإن الحامل يبادر قبل الرجوع إلى إشعار المظهر والساحب بعدم القبول أو بعدم الوفاء في خلال أربعة أيام العمل التالية ليوم الاحتجاج أو ليوم تقديم السند للقبول أو للوفاء إذا كان مشروطاً بالرجوع دون مصاريف، ويقوم المظهر بدوره بإعلام المظهرين بالإشعار الذي تلقاه ويكون هذا الإجراء في خلال يومي العمل التاليين ليوم تسلمه الإشعار من الحامل، وهكذا من مظهر إلى آخر حتى يتبلغ الساحب.

وفي هذا الحكم فائدة لمن يريد أن يتخذ موقفاً بالوفاء بحيث يتجنب الفوائد والنفقات، ولمن يريد الرجوع إلى أحد الملتزمين السابقين عليه، وللساحب نفسه لأن له مصلحة في أن يعمل برفض القبول أو الوفاء؛ لأنه لن يتحمل العبء أخيراً.

وأقر نص المادة (١٨٣) من قانون التجارة وجوب توجيه الإشعار في الحالات التي يجوز فيها الرجوع إلى الموقعين على السند، وهي حالة عدم القبول، وحالة عدم الوفاء بتاريخ الاستحقاق، وحالة توقف المسحوب عليه عن الدفع أو حجز أمواله، وحالة إفلاس الساحب أو المسحوب عليه [1].

---

(١) لا يلتزم الحامل بتوجيه الاحتجاج في حالة إفلاس الساحب او المسحوب عليه وإنما يلتزم بأن يوجه الإشعار.

ويوجه هذا الإشعار إلى الساحب والمظهر ويجب على كل مظهر تسلمه أن يخطر المظهر السابق عليه، إلى أن يصل الإشعار إلى الساحب، وهذا يعني أن الساحب يتلقى إشعارين: أحدهما من الحامل مباشرة، والثاني من المستفيد الأول في السند.

وأورد نص المادة (١٨٣) الفقرة ٦ من قانون التجارة حكماً مفاده: إذا لم يتضمن السند عنوان أحد المظهرين أو تضمنه ولكن بصورة غير مقروءة، يرسل الإشعار إلى المظهر السابق عليه.

ومواعيد الإشعارات تختلف باختلاف الأشخاص الذين يلتزمون بالسند، فالحامل يرسل الإشعار في أيام العمل الأربعة التالية ليوم الاحتجاج أو ليوم تقديم السند للقبول أو للوفاء إذا اشتمل على شرط الرجوع دون مصاريف، والمظهر يرسل الإشعار في يومي العمل التاليين ليوم وصول الإشعار[١].

ورغم ذلك لا يتعرض حق من توانى في إرسال الإشعار إلى السقوط[٢]، ومن يتضرر من هذا التواني يرجع بالضرر الذي لحق به، وإذا مارس حامل السند الإجراءات السابق بيانها أو لم يلب المدين النداء وبقي ممتنعاً، فإن حق الحامل يتقرر في اللجوء إلى القضاء للحصول على حكم بإلزام الضامنين بدفع القيمة والفوائد والمصاريف، بالإضافة إلى الرسوم القضائية والنفقات التي يتحملها.

وسند الرجوع يستحق الدفع لدى الاطلاع عليه في محل إقامة الملتزم به وهو المسحوب عليه، وهذا ما نصت عليه المادة (١٩٦)، الفقرة ١ من قانون التجارة بأنه "لكل من له حق الرجوع إلى غيره من الضامنين بمقتضى سند السحب أن يستوفي قيمته بسحبه سنداً جديداً يستحق الأداء لدى الاطلاع في موطن الضامن ما لم يشترط خلاف ذلك"[٣].

---

(١) انظر نص المادة (١٨٣) الفقرة ٢ من قانون التجارة.

(٢) أن عدم مراعاة المواعيد القانونية في توجيه الإشعار يرتب المسؤولية عن الضرر الذي يصيب الغير نتيجة الإهمال أو التخلف من إرسال هذه الإشعار.
انظر نص المادة (١٨٣) الفقرة ١٠ من قانون التجارة.

(٣) يقابل هذا النص المادة (٣٨١) الفقرة ١ من قانون التجارة اللبناني وورد فيها: "كل شخص يملك حق المراجعة القضائية يمكنه ـ ما لم يكن هناك نص مخالف ـ أن يسترد ماله بوساطة سند جديد يسحب على أحد كفلائه ويكون واجب الأداء عند الاطلاع وفي محل إقامة الكفيل".=

أما موضوع سند الرجوع فيشتمل على مبلغ السند الأصلي وفوائد هذا المبلغ ومصاريف الاحتجاج والإشعارات مضافاً إليها أية مصاريف أخرى كبدل العمولة والطوابع[1].

وأخيراً فإن الملتزم بسند السحب لا يلتزم إلا بسند محدد واحد مع مصاريفه، وهذا يعني أنه إذا سحب حامل السند عدة أسناد محددة على عدة أشخاص من الملتزمين، فإن وفاء أحد هؤلاء الملتزمين بقيمة السند يؤدي إلى انقضاء الأسناد الأخرى ومصاريفها. وبالتالي لا يجوز أن يضيف الحامل النفقات التي تكبدها إلى كل الأسناد التي سحبها مجدداً، وهذا ما نصت عليه المادة (١٩٧) من قانون التجارة بأنه "إذا تعددت سندات الرجوع فلا يجوز مطالبة ساحب السند الأصلي وكل مظهر له إلا بنفقات سند رجوع واحد "[2].

=وانظر نص المادة (٤٨٢) من قانون التجارة السوري والمادة (٥٢) من قانون جنيف الموحد ويتضمنان ذات حكم القانون اللبناني، وقارن نص المادة (٧٧) من قانون التجارة المصري.

(١) انظر المواد (١٨٦)، (١٨٧)، (١٩٦) الفقرة ٢ من قانون التجارة.

(٢) يرى بعضهم ان سند الرجوع نادر الوقوع؛ لأنه من المتعذر على حامله أن يجد شخصاً يرضى ان يدفع قيمة سند الرجوع المسحوب على شخص ثبت عجزه او امتناعه عن الوفاء. انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص: ٢٠٧. وراجع د. أمين محمد بدر، المرجع السابق ص: ٢٧٢.

الفصل الثاني
سند الأمر (السند الإذني / الكمبيالة)

يعد سند الأمر من الأوراق التجارية التي حددها القانون، ووصفها بأنها قابلة للتداول. وتضمنت المادة (١٢٣) الفقرة الثانية من قانون التجارة تعريفاً لسند الأمر عندما نصت على أن:

"سند الأمر ويسمى أيضاً السند الإذني ويعرف باسم الكمبيالة، وهو محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون ويتضمن تعهد محرره بدفع مبلغ معين بمجرد الاطلاع أو في ميعاد معين أو قابل للتعيين لأمر شخص آخر هو المستفيد أو حامل السند".

وبمقتضى هذا النص فإن سند الأمر معروف بالسند الإذني ويطلق عليه لفظ "كمبيالة"[1] وهذا السند عبارة عن صك مكتوب يشتمل على تعهد يلتزم به موقعه أن يدفع مبلغاً من النقود إلى شخص آخر بتاريخ معين أو قابل للتعيين أو بمجرد الاطلاع. ويشتمل هذا الصك وفق ما نصت عليه المادة (٢٢٢) من قانون التجارة على:

أ- شرط الأمر و عبارة "سند الأمر" أو "كمبيالة" مكتوبة في متن السند باللغة التي كتب بها.

ب- تعهد غير معلق على شرط بأداء قدر معين من النقود.

ج- تاريخ الاستحقاق.

د- مكان الأداء.

هـ- اسم من يجب الأداء له أو لأمره.

و- تاريخ إنشاء السند ومكان إنشائه.

ز- توقيع من أنشأ السند (المحرر).

---

(١) لاحظ أن لفظ كمبيالة يطلق في قانون التجارة المصري على سند السحب، وكل لفظ كمبيالة يرد في كتب الفقهاء المصريين يعني وفق القانون الأردني سند السحب.

ونعود إلى الحديث عن إنشاء سند الأمر وأحكامه بالقدر الذي لا يتكرر هذا الحديث مع ما ذكرناه عند حديثنا عن سند السحب، على أننا سنتصدى بالشرح إلى الموضوعات التي لم نعالجها فيما سبق، ونحيل ما عداها إلى أحكام سند السحب التي تطبق على سند الأمر التي ورد النص بشأنها في المواد ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦ من قانون التجارة، وتتضمن: التظهير والاستحقاق والوفاء والرجوع لعدم الوفاء، والاحتجاج، والوفاء بالوساطة، والصور، والتحريف، والتقادم وأيام العطل الرسمية وحساب المهل والمواعيد، والحجز الاحتياطي، وحظر منح المواعيد القضائية والقانونية.

كما أننا لن نتصدى للحديث عن الأحكام المتعلقة بالسند المستحق الأداء في موطن الآخرين أو في جهة غير الجهة التي بها موطن المسحوب عليه، واشتراط الفائدة والاختلاف في البيانات الخاصة بالمبلغ الواجب دفعه والنتائج المترتبة على التوقيع وعلى توقيع شخص لا صفة له أو شخص جاوز نيابته والضمان الاحتياطي[1] لسبق الحديث عن هذه الأحكام في سند السحب فنحيل إليها.

(١) نصت المادة (٢٢٦) من قانون التجارة على أنه: "تسري أيضاً على السند لأمر أحكام سند السحب المتعلقة بالضمان الاحتياطي، فإذا لم يذكر في صيغة الضمان الاحتياطي اسم المضمون فإنه يعد حاصلاً لمصلحة محرر السند لأمر".

المبحث الأول
أوجه الاختلاف وأوجه الشبه بين سند الأمر وسند السحب

إن سند الأمر يختلف عن سند السحب في بعض الأوجه ويشتبه معه في غيرها وسندرس فيما يلي أوجه الاختلاف وأوجه الشبه على النحو الآتي:

البند الأول: أوجه الاختلاف

تتمثل أوجه الاختلاف بين سند الأمر وسند السحب في النقاط الآتية:

١- سند السحب ذو أطراف ثلاثة: هم الساحب والمسحوب عليه والمسحوب لصالحه (المستفيد).أما سند الأمر (السند الإذني، الكمبيالة) فهو ذو طرفين هما: المتعهد (محرر السند) والمستفيد.

٢- لا يتضمن سند الأمر توكيلاً لآخر بالدفع للمستفيد، كما هو شأن الساحب في سند السحب الذي يصدر أمراً على شكل توكيل يخاطب به المسحوب عليه بأن يدفع قيمة السند للمستفيد.

٣- لا يشترط في سند الأمر إجراء الاحتجاج لعدم القبول، كما هو شأن سند السحب لأنه لا ضرورة ولا موجب لذلك.

البند الثاني: أوجه الشبه

يمكن تلخيص نقاط الشبه بين سند الأمر وسند السحب على النحو الآتي:

١- يتشابه سند السحب مع سند الأمر في أن القانون اشترط لتحرير كل منهما نفس الشروط الشكلية في الآخر.

٢- وكذلك في أن كليهما تنتقل ملكيته بالتظهير وأن شروط هذا الانتقال في السندين واحدة.

٣- يجوز اشتراط الدفع في أيهما بمجرد الاطلاع.

٤- يتضمن السند لأمر وسند السحب اعترافاً بالدين.

٥- المظهر في كلا السندين ضامن وفاء قيمته.

٦- ليس للمدين في كلا السندين أن يتمسك في مواجهة الحامل حسن النية بالدفوع التي يجوز له التمسك بها في مواجهة المستفيد الأصلي.

٧- الملتزمون في كلا السندين متضامنون.

٨- وأخيراً يتشابه سند السحب والسند لأمر في الأحكام التي ورد النص عليها في المواد ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦ من قانون التجارة.

المبحث الثاني
إنشاء سند الأمر

للحديث عن إنشاء سند الأمر من حيث: الشروط الموضوعة والشكلية، فإننا نحيل بشأن تداوله[1]، وضمانات الوفاء به، والتضامن والضمان الاحتياطي والوفاء، والمطالبة والرجوع لعدم الوفاء والسقوط والتقادم وكل ما ورد النص عليه في المواد ٢٢٤، ٢٢٥، ٢٢٦ على ما تحدثنا عنه بشأن سند السحب في الفصل الأول من هذا الباب.

وهكذا يتطلب إنشاء سند الأمر ذات الشروط الموضوعية التي يتطلبها سند السحب وهي كما ذكرنا سابقاً: أهلية محرر السند وسبب مشروع ومحل مشروع وإرادة حرة لا يشوبها عيب من عيوب الرضا[2].

وعني فقهاء القانون المدني بهذه الشروط وأسهبوا في الحديث عنها، ونوجه النظر إلى المراجع الفقهية العديدة التي تولى واضعوها شرح هذه الشروط، ونستعرضها في هذا المبحث بإيجاز غير مخل بالخطة التي وضعناها للحديث عن سند الأمر.

اما ما يتعلق بالأهلية، فهي التي يتطلبها القانون لمباشرة الأعمال التجارية، وهي ما ورد النص بشأنها في القانون المدني في المواد ٤٣- ٤٦ والمواد (١١٦) وما بعدها.

---

(١) يرى جانب من الفقه ان سند الأمر يعد عملا تجارياً مطلقاً سواء أتم تحريره لعمل تجاري أم لعمل مدني، وسواء احرره تاجر أم غير تاجر، ونحى القضاء الأردني هذا المنحى ويرى جانب آخر ان سند الأمر لا يعد ورقة تجارية مطلقاً، وهو لا يكون تجارياً إلا إذا حرر لعمل تجاري بغض النظر عن صفة محررة تاجراً.

انظر في هذين الاتجاهين. د. محسن شفيق المرجع السابق ص: ٣٠، د. علي البارودي: المرجع السابق ص: ٥٢، د. مصطفي كمال طه: الوجيز. المرجع السابق ص: ٨٨، د. اكثم الخولي: قانون التجارة اللبناني ط ١٩٦٧ بند ٩١. وانظر تمييز حقوق رقم ٧٢/٢٣٦. مجلة نقابة المحامين عام ١٩٧٥ ص: ٣٩٦.

(٢) انظر في إنشاء سند السحب، الفصل الأول من الباب الثاني، ولاحظ أن التزام المحرر بالوفاء بسند الأمر في ميعاد الاستحقاق لا يكون صحيحاً إلا إذا توافرت فيه الشروط التي يتطلبها القانون المدني لصحة الالتزامات وهي الرضا والمحل والسبب والأهلية.

وبمقتضى نصوص هذه المواد فإن محرر السند يصح تصرفه إذا كان كامل الأهلية، أو مأذوناً بالتجارة، أما إذا كان قاصراً غير مأذون بالتجارة فلا يعتد بتوقيعه على السند ويعد باطلاً حتى في مواجهة الحامل حسن النية[1].

وأما السبب فيجب أن يكون مشروعاً وكذلك المحل. أما الشروط الشكلية لإنشاء سند الأمر، فهي كما نصت عليها المادة (٢٢٢) من قانون التجارة والتي أشرنا إليها فيما سبق أثناء حديثنا عن الشروط الشكلية لإنشاء سند السحب، ولا تختلف هذه الشروط إلا في بيان اسم المسحوب عليه الذي يجب أن تتضمنه بيانات سند السحب، بينما يخلو سند الأمر من بيان اسم المسحوب عليه لأن أطرافه المتعهد والمستفيد فقط[2].

---

(١) انظر د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص ٤٤٣. وراجع تفصيلاً ما يتعلق بأهلية محرر سند الأمر. د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٢٣١.

(٢) انظر بشأن البيانات الإلزامية للسند لأمر ما تم بحثه في الباب الثاني المتعلق بسند السحب. وللمزيد عن سند الأمر، انظر بحثاً متميزاً متخصصاً. محمد علي راتب: السندات الإذنية ط ١٩٤٨.

الفصل الثالث
الشيك

الشيك: عبارة عن سند مستحق الأداء بمجرد الاطلاع عليه وله مقابل وفاء. وهذا يعني أنه أداة وفاء يقوم مقام النقود، مما أوجب أن يكون مستحق الدفع لدى الاطلاع، وهو ما عبر عنه نص المادة (١٢٣) الفقرة ج من قانون التجارة بأنه:

"محرر مكتوب وفق شرائط مذكورة في القانون ويتضمن أمراً صادراً من شخص هو الساحب إلى شخص آخر يكون معرفاً وهو المسحوب عليه بأن يدفع لشخص ثالث أو لأمره أو لحامل الشيك ـ وهو المستفيد ـ مبلغاً معيناً بمجرد الاطلاع على الشيك"[1].

وبالرغم من ذلك، فإنه وإن كان ما يقوله بعضهم صحيحاً من حيث أن الشيك ليس سند مديونية وأنه أداة وفاء كما هو الغالب، إلا أن ذلك لا يجري على إطلاقه لأن الشيك يعد أيضاً دليلاً كتابياً على أن مبلغاً من النقود انتقل من ذمة شخص إلى ذمة شخص آخر وأن سبب ذلك ودلالته تفسره ظروف الدعوى[2].

وبهذا يتضح أن الشيك يشبه سند السحب من حيث الشكل، إذ إن أطراف كل منهما ثلاثة أشخاص: الساحب وهو محرر الشيك، أو سند السحب، والمسحوب عليه، والمستفيد.

ويفترض في الشيك كما في سند السحب وجود علاقتين سبقتا تحريره:

الأولى: يرتبط بموجبها الساحب والمسحوب عليه وتقوم على وجود مبلغ من النقود يملكه الساحب لدى المسحوب عليه.

---

(١) يكاد الفقه يجمع على عدم تجارية الشيك إلا إذا حرره تاجر او حرره شخص لعمل تجاري، انظر في ذلك د. أكثم الخولي المرجع السابق بند ٩٢. د. سميحة القليوبي: المرجع السابق ص ٩٢٦. د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٤٤. وقارن د. محمد إسماعيل: المرجع السابق ص ٦٨ ويرى أن الشيك يعد تجارياً مطلقاً.

(٢) انظر نقض مصري تاريخ ١٤٩٦/٥/٢. الطعن رقم ٧٦ السنة ١٥ق. مجموعة القواعد ص ٧٠٨. واستئناف القاهرة ـ الدائرة التجارية الأولى ـ تاريخ ١٩٥١/١١/١. القضية ٦٢/٥٤ السنة ٦٨ ق وورد في حيثيات الحكم: أن الشيك هو أداة لسداد دين على الساحب للمسحوب لصالحه، وتسري عليه القواعد العامة للوفاء. راجع عبد المعين جمعة: المرجع السابق ص ٤٦٤.

الثانية: يرتبط بموجبها الساحب والمستفيد، ومن أجلها تم تحرير الشيك لصالح المستفيد[1].

وهاتان العلاقتان تحدثان أثراً ينتج عنه علاقة ثالثة يرتبط بموجبها المستفيد والمسحوب عليه، وتقوم على أساس التزام الأخير تجاه المستفيد بالوفاء بقيمة الشيك[2].

وفي كل الأحوال ـ فإن الوظيفة الرئيسة للشيك أنه أداة وفاء وليس أداة ائتمان، وهو يغني عن استعمال النقود. فبدلاً من أن يدفع المدين مبلغاً من النقود لدائنه وفاء للدين، فإنه يحرر شيكاً بقيمة هذا الدين.

هذا وعلا شأن الشيك كثيراً عندما أصبح أكثر الأوراق التجارية ذيوعاً رغم حداثة نشأته إذا ما قيس بغيره من الأوراق التجارية.

وظهر الشيك أول ما ظهر في إنجلترا في القرن التاسع عشر وسمي "Check" من الفعل الإنجليزي "To Check" بمعنى يراجع، وهذا يعني أن البنك لا يدفع قيمة الشيك إلا بعد مراجعة حساب العميل للتأكد من وجود رصيد دائن له.

ثم انتقل الشيك كفكرة إلى أمريكا الشمالية وبقية دول أوروبا، وتم التعامل به، ثم انتقل هذا التعامل إلى فرنسا في منتصف القرن التاسع عشر[3]، ومع ذلك هناك دراسات أوضحت أن أول أثر للسندات التي تشبه الشيك استعملت في القرن الثاني عشر الميلادي في إيطاليا وهولندا وانتقلت في القرن التاسع عشر إلى إنجلترا[4].

وهكذا فإن أول قانون نظم الشيك كان قد صدر في فرنسا عام ١٨٦٥، وبقي ساري المفعول إلى أن ألغي ليحل محله القانون الموحد "اتفاقيات جنيف عام ١٩٣١".

---

(١) قد لا يكون هناك علاقة سابقة على تحرير الشيك، انظر ما سبق بشأن خصائص الأوراق التجارية، وقدرة الورقة التجارية على إنشاء الالتزام.

(٢) انظر في مسؤولية المصرف تفصيلاً. د. محمود مختار البريدي: المسؤولية التقصيرية للمصرف ص ٨٦ ص ٥٢ وما بعدها. وقارن د. حياة شحاته: مخاطر الائتمان في البنوك التجارية رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة ١٩٨٩ ص ٤٩٢ وما بعدها.

(٣) انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٤٨ هامش ١ وقارن د. أدوار عيد: الأسناد التجارية، الشيك ط ١٩٦٧ ص ٦ هامش ١ ويقول: "إن اللفظ الشائع الاستعمال والمعتمد في التشريعات العربية والأجنبية هو لفظ المشتق من الكلمة الفرنسية cheque".

(٤) المرجع السابق ص ١٤ ويرى أن الحكومة الإنجليزية منحت أول مصرف في إنجلترا امتياز إصدار العملة الورقية، ومنعت الأفراد من إصدار صكوك للحامل مستحقة الأداء لدى الاطلاع، فأدى هذا المنع إلى اختراع الشيك، عندما لجأت المصارف إلى طريقة جديدة تمكن عملائها من سحب ودائعهم النقدية.

وتوالت بعد ذلك قوانين تنظيم الشيك في دول عديدة، ففي لبنان بقي قانون الشيك العثماني الصادر عام ١٩١٤ سارياً فيها إلى أن استبدل به الأحكام الواردة في قانون التجارة الصادر عام ١٩٤٢، وجاءت مستمدة من القواعد التي جاء بها القانون الموحد. وفي سوريا بقي قانون الشيك العثماني سارياً فيها إلى أن صدر قانون التجارة ١٩٤٩ وتضمن أحكاماً للشيك مستمدة من القانون الموحد، وفي الأردن بقي قانون الشيك العثماني سارياً إلى أن صدر قانون التجارة رقم (١٢) لسنة ١٩٦٦ وبدأ العمل به بتاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠. أما في مصر فلم يتضمن قانون التجارة المصري الصادر عام ١٨٨٣ أحكاماً تفصيلية بشأن الشيك. واقتصر في المواد ١٩١ ـ ١٩٣ على البحث في أوراق الحوالات الواجبة الدفع بمجرد الاطلاع والأوراق المتضمنة أمراً بالدفع[1]، إلى أن صدر قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

وبهذا نجد أن أهمية الشيك تبدو في الوظائف التي يقوم بها وهي تسهيل التعامل بين الأفراد وتنشيط الحياة التجارية والاقتصادية، واستعماله كأداة استرداد للودائع النقدية[2]، بالإضافة إلى وظيفته الرئيسة كأداة للوفاء تحل محل النقود في التعامل فيما بين الأشخاص. وهذه الوظيفة ذات مزايا من بينها: أن الساحب يودع نقوده لدى البنك بدلاً من تجميدها لديه، وهو بذلك يحد من خطر سرقتها أو ضياعها. ويعد الوفاء بالديون عن طريق استعمال الشيك ميزة للساحب تزوده بوسيلة إثبات، لأن البنك يدون في حساباته اسم الساحب، ورقم الشيك وتاريخه وقيمته، وبيانات أخرى تفيد الساحب إن أراد الاحتجاج بالشيك كبينة له.

وتأسيساً على ما تقدم، فإننا سنقوم بمناقشة موضوع الشيك على أسس تقوم على ذات الخطة التي اتبعناها في سند السحب، وهي الخطة التي أوردناها في مقدمة

---

(١) انظر د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٤٢ ويقول: "ويكاد يجمع الراي على ان الشارع المصري قصد في هذه المواد التشريع للشيك" والمح إلى ان هناك نقصاً كبيراً في الأحكام التي تنظم الشيك يجب المبادرة إلى إصلاحه.

(٢) انظر تفصيلاً بشأن إيداع النقود. د. سميحة القليوبي: الأسس القانونية لعمليات البنوك ط ١٩٨٨ ص ٢٣٠ وما بعدها.

هذا المؤلف وتتضمن إنشاء الشيك وتداوله والوفاء به وضمانات الوفاء والامتناع عن الوفاء وأثر هذا الامتناع[1]. وذلك في المباحث التالية:

المبحث الأول: إنشاء الشيك.

المبحث الثاني: تداول الشيك.

المبحث الثالث: انقضاء الشيك.

المبحث الرابع: بعض أنواع الشيك.

---

(١) يقوم البنك بالتعامل في الدين والائتمان، وهو بصفته بنك للودائع يستقبل مدخرات العملاء وديونهم ويعطي بذلك وعوداً بالدفع تحت الطلب أو بعد أجل متفق عليه وبعد تطور وظائف البنوك من فكرة الصراف الذي يكسب من مبادلة العملاء إلى قبول ودائع العملاء كفائض لديهم، إلى قبول العملة والمعادن الثمينة، إلى إقراض العملاء إلى عملية خلق النقود كأهم وظائف البنوك، وأدى ذلك إلى أن وجه الفقهاء والمختصون ابحاثهم نحو عمليات البنوك في محاولة لإيجاد أساس قانوني لكل عملية، ولا يزالون في سباق مع تطور العمليات المصرفية وتسارعها، ولا يكاد البحث ينتهي حتى يطرأ تطور جديد يخلق عملية مصرفية جديدة، ويمكن القول باستحالة اللحاق بالتطور السريع لعمليات البنوك.
انظر في ذلك د. محمد عجمية و د. صبحي تادرس: النقود والبنوك والتجارة الخارجية ط ١٩٦٧ ص ٤٦. د. حسن حسني: عقود الخدمات المصرفية ط ١٩٨٦ ص ١٢.

المبحث الأول
إنشـــاء الشيــك

نستعرض في الحديث عن إنشاء الشيك ثلاثة موضوعات، أولها شروط إنشائه، وثانيها ترك البيانات الإلزامية أو صوريتها أو تحريفها، وثالثها وجود رصيد للساحب بتاريخ إصدار الشيك.

أما ما يتعلق بإنشاء الشيك فإن الشروط الموضوعية الواجب توافرها لصحته هي ذات الشروط التي يتعين توافرها لصحة التصرفات القانونية، أما الشروط الشكلية فهي التي استقر عليها العرف التجاري وقننها المشرع في نصوص قانونية.

ونناقش هذه الشروط في البند الأول التالي، ونتجه بعد ذلك إلى مناقشة موضوع ترك البيانات الإلزامية وصوريتها وتحريفها وكذلك موضوع الرصيد أي المقابل، وهذا المقابل هو الذي يجعل من الشيك ورقة ذات قيمة في الائتمان تحقق وظيفتها كأداة وفاء حلت محل النقود.

ويعد مقابل الوفاء من أهم الضمانات في الوفاء التي يطمئن حامل الشيك بوجودها، ويقبل الجمهور على التعامل بالشيك بالتداول إذا اطمأن إلى وجود هذا المقابل. وهكذا فإننا نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة بنود:

البند الأول: شروط إنشاء الشيك.

البند الثاني: ترك البيانات الإلزامية وصوريتها وتحريفها.

البند الثالث: مقابل الوفاء ـ الرصيد.

البند الأول: شروط إنشاء الشيك

يشترط لإنشاء الشيك أن تتوافر في محرره الشروط التي يتطلبها القانون لصحة التصرفات القانونية وهي: صدور الرضا صحيحاً غير مشوب بأي عيب، وأن يصدر هذا الرضا عن شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لتحمل الالتزامات، بحيث يكون بالغاً سن

الرشد أو مأذوناً له بالاتجار[1]، بالإضافة إلى محل الشيك وسببه، وهذه هي الشروط الموضوعية.

وأما محل الشيك فيكون ممكناً ومشروعاً لأنه مبلغ من النقود. أما السبب فيتعين أن يكون مشروعاً[2] على نحو لا يصدر تنفيذاً لوفاء دين قمار، أو علاقة غير مشروعة أو ما يشبه ذلك.

ولأن الشروط الموضوعية لصحة التصرفات قد احتوتها مؤلفات القانون المدني وأسهبت في شرحها، فلا نكررها في هذا المجال ونكتفي بالإحالة إليها.

أما الشروط الشكلية للشيك فهي التي نصت عليها المادة (٢٢٨) من قانون التجارة، وأنه يتعين توافرها فيه حتى يصدر صحيحاً. وهذه الشروط وفق نص المادة المشار إليها أن يشتمل الشيك على البيانات التالية:

- كلمة شك مكتوبة في متن السند وباللغة التي كتب بها.
- اسم من يلزمه الأداء ـ المسحوب عليه ـ .
- مكان الأداء.
- تاريخ إنشاء الشيك ومكان إنشائه.
- توقيع من أنشأ الشيك.

وتعد هذه البيانات إلزامية بحكم القانون، ويترتب على إغفال أحدها أو بعضها انتفاء الصفة عن الشيك، وبجانب هذه البيانات هناك بيانات أخرى اختيارية لا يمتنع على طرفي الشيك الساحب والمستفيد أن يتفقا على إدراجها فيه شريطة أن لا تكون ممنوعة بقانون[3].

---

(١) انظر د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص ٤٥٣، د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٤٤٨ ويقول " وتطبيقاً لذلك يستطيع الصبي المأذون بالإدارة أن يوقع على الشيك سداداً للديون الناشئة عن اعمال الإدارة او أعمال التصرف المأذون له بها، ولكنه لا يستطيع أن يوقع على الشيك وفاء لثمن عقار اشتراه أو تبرعاً منه بقيمة الشيك للمستفيد ".

(٢) يجب أن يكون سبب الالتزام موجوداً ومشروعاً وإلا بطل التزامه في مواجهة المستفيد الأول وكل حامل سيئ النية. انظر د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص ٤٥٢. وقارن د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٤٤٧. ويضيف إلى الشروط الموضوعية لإنشاء الشيك شروط وجود الرصيد.

(٣) يمتنع على الساحب إعفاء نفسه من ضمان الوفاء. انظر نص المادة (٢٢٨) من قانون التجارة. ويمتنع الاتفاق على اشتراط فائدة في الشيك. انظر المادة (٢٣٥) من ذات القانون.

وهكذا فإن الشروط الشكلية لإنشاء الشيك تندرج ضمن البنود التالية: ضرورة الكتابة في الشيك، الكفاية الذاتية للشيك والبيانات الإلزامية التي نصت عليها المادة (٢٢٨) من قانون التجارة[1].

أولاً: الكتابة في الشيك وكفايته الذاتية

إن طبيعة الشيك كورقة تجارية ذات خصائص حددناها في مقدمة هذا المؤلف، ويستفاد منها أن الشيك يتعين أن يكون مكتوباً، لأن نصوص القانون التجاري تفترض أنه ورقة أو محرر، ولا يتصور أن يكون غير ذلك.

وتدل المواد ١٢٣/ح و ٢٢٨ وما بعدها من قانون التجارة على أن الشيك محرر مكتوب. وورد تعريف الشيك في المادة (١٢٣) بأنه: " محرر مكتوب... " وهذا كاف للقول بضرورة الكتابة في الشيك.

وفي الوقت ذاته فلا يكفي أن يتم إفراغ بعض البيانات في محرر يدل ظاهره على أنه شيك، بل يلزم أن يكون هذا المحرر كشيك كافياً بذاته لتحديد حقوق حامله والتزامات المدينين به بما يعني أنه لا يجوز أن يحيل هذا الشيك إلى واقعة خارجية عن مجاله لتحديد أحد عناصر الحقوق والالتزامات التي يرتبها أو يفرضها، لأنه لو كان كذلك لفقد صفته كورقة تجارية.

والكفاية الذاتية للشيك لا تعني صدروه مكتوباً على نماذج خاصة، لأن صدوره مستوفياً البيانات الإلزامية يعد شيكاً يتمتع بالكفاية الذاتية أياً كان الشكل أو الورق الذي كتب به.

وإذا جرت العادة أن تطبع البنوك شيكات عملائها على نماذج خاصة وبأشكال مختلفة، فهذا لا يعني أكثر من التيسير على هؤلاء العملاء ولا تستطيع البنوك رفض

---

(١) يقابل نص المادة (٢٢٨) من قانون التجارة المادة (٤٠٩) من قانون التجارة اللبناني والمادة (٥١٤) من قانون التجارة السوري والمادة الأولى من قانون جنيف الموحد. وتتضمن هذه النصوص أحكاماً متشابهة فيما يتعلق بالبيانات الإلزامية الواجب توافرها في الشيك.

الوفاء بشيكات صادرة عن الساحب مستوفية الشروط بحجة أ نها مكتوبة على نماذج لم تصدر عن البنك[1].

ثانياً: البيانات الإلزامية في الشيك

يجب أن يشتمل الشيك على بيانات حددها القانون في المادة (٢٢٨)[2] من قانون التجارة، هي كما يلي:

١- كلمة شيك مكتوبة في متن السند وباللغة التي كتب بها:

أوجب قانون التجارة ذكر هذا البيان في متن السند تحت طائلة بطلانه كشيك وجعله سنداً عادياً، ويجب أن تدون كلمة شيك باللغة التي كتب فيها السند، وهذا يعني جواز كتابة الشيك بلغة أجنبية[3].

وتبدو أهمية ذكر كلمة شيك في أنها تغني عن كتابة شرط الأمر لأنه متى تضمن السند كلمة شيك كأن يكتب " ادفعوا بموجب هذا الشيك ..." وكان مسحوباً لأمر شخص مسمى فإنه يعد قابلاً للانتقال بطريق التظهير دون حاجة لذكر عبارة "لأمر" كما هو شأن سند السحب. وفي الوقت ذاته فإن السند الذي يدل على أنه شيك يعد كذلك، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٢٩/د من قانون التجارة بأن "السند الخالي من ذكر أحد البيانات المبينة في الفقرات أ، ب، ج، د يعد شيكاً وفق

---

(١) إن البنوك التي تشترط على عملائها عدم استعمال الشيكات التي لا تزودهم بنماذجها وتمتنع عن صرف الشيكات المحررة على ورق عادي، فهي إنما تقوم بذلك تنفيذاً لاتفاق لا يخالف النظام العام، وهذا الاتفاق واجب الاحترام في علاقات من كانوا اطرافاً فيه.

انظر د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٢٣. د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٤٨٥. د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٤٣.

(٢) ورد النص المقابل في قانون التجارة اللبناني على النحو التالي: "التوكيل المجرد من كل قيد أو شرط بدفع مبلغ معين" وهذا النص يقابل البيان الوارد في الفقرة ب من المادة (٢٢٨) من قانون التجارة والذي ورد كما يلي " امر غير معلق على شرط بأداء قدر معين من النقود " وهو يشبه ما ورد في نص المادة (٥١٤) من قانون التجارة السوري والمادة الأولى من القانون الموحد. ولم يبين قانون التجارة المصري البيانات الإلزامية في الشيك، وسد العرف التجاري هذا النقص بحيث ضمن الشيك البيانات التالية " تاريخ السحب ومكانه واسم المسحوب عليه، واسم المستفيد او الحامل، مبلغ الشيك، امر الدفع لدى الاطلاع، توقيع الساحب ".

(٣) لا يتطلب القانون المصري ذكر كلمة شيك في السند كبيان لازم لصحته، ويختلف في هذه الناحية عن القانون الأردني، واللبناني والسوري والموحد، والفرنسي. انظر د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٤٨٧.

الأحكام الواردة فيها. ونصت في الفقرة د أنه " إذا خلا من كلمة شيك وكان مظهره المتعارف عليه يدل على أنه شيك[1] ".

وهكذا فإن قانون التجارة يكون قد انفرد بهذا الحكم، عندما عد السند الذي يخلو من ذكر كلمة شيك بأنه شيك إذا دل مظهره المتعارف عليه على أنه كذلك.

وأشار الدكتور أدوار عيد إلى هذا الحكم في معرض حديثه عن إغفال ذكر كلمة شيك في متن السند، وقرر أن الصك الذي لا يذكر فيه كلمة شيك تنتفي عنه صفة الشيك مع بقائه محتفظاً بقيمة السند لإثبات التزام الساحب تجاه المستفيد بالمبلغ المعين فيه. وذكر في حديثه عن الحكم الوارد في قانون التجارة الأردني قوله: ولكن يلاحظ أن قانون التجارة الأردني الجديد ينص في المادة (٢٢٩) على أن الصك الذي يخلو من كلمة شيك لا يكون باطلاً كشيك إذا كان مظهره المتعارف عليه يدل على أنه شيك.

وقضت محكمة التمييز أنه " إعمالاً لنص المادة (٢٢٩) من قانون التجارة فإنه لا يعد المستند الذي لا يشتمل على كلمة شيك شيكاً إلا إذا كان مظهره المتعارف عليه يدل على أنه شيك[2] ".

٢- أمر غير معلق على شرط بأداء قدر معين من النقود:

يتضمن الشيك أمراً من الساحب إلى المسحوب عليه أن يدفع مبلغاً معيناً من النقود. ويجب أن يشتمل السند على هذا البيان " ومبلغ الشيك هو محله" لذلك يتعين ذكر هذا المبلغ وتعيينه بتحديد مقداره بشكل واضح[3].

---

(١) انفرد قانون التجارة الأردني بتقرير ان السند الخالي من ذكر كلمة شيك يعد شيكاً إذا كان مظهره المتعارف عليه يدل على أنه شيك. وخلا القانون اللبناني والسوري والموحد من حكم مماثل. وبقي الأمر في هذه القوانين ان عدم ذكر كلمة شيك في السند يؤدي إلى جعله إذنياً أو عادياً يثبت به التزام الساحب قبل المستفيد أو الحامل. انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٥٨. د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٢٥.

(٢) انظر تمييز جزاء رقم ٨٨/٢٥٨ مجلة نقابة المحامين السنة ٣٨ عام ١٩٩٠ ص ٣٢٨.

(٣) كثيراً ما يؤدي الازدواج في ذكر مبلغ الشيك إلى صعوبة حل الخلاف حول المبلغ الثابت بالحروف والمبلغ الثابت بالأرقام. وعني القانون الموحد بوضع حل لهذه المسألة ونصت المادة التاسعة على أنه: " إذا كتب مبلغ الشيك بالحروف وبالأرقام معاً كانت العبرة عند اختلافهما بالمبلغ المكتوب بالحروف وإذا كتب المبلغ عدة مرات إما بالحروف وإما بالأرقام فالعبرة بأقلها مبلغاً. وهو ذات الحكم في قانون التجارة المصري المادة العاشرة. والقانون اللبناني المادة (٥٤٠)=

وجرت العادة أن يذكر المبلغ بالأرقام مرة وبالحروف مرة أخرى، ومع أن هذا الازدواج غير ملزم ولا يتطلبه القانون، إلا أن البنوك تفترض وجوده من قبيل الاحتياط كوسيلة للتأكد من إرادة الساحب، وإذا اختلف المبلغ في الحروف عنه في الأرقام يؤخذ بالمبلغ الوارد كتابة بالحروف.

والأمر الذي يصدره الساحب للمسحوب عليه، يجب أن لا يقترن بشرط، لأنه إذا علق الساحب الدفع على تحقق شرط معين خرج السند من عداد الشيكات على نحو يتعذر معه أداء وظيفته كأداة وفاء. ويمتنع تعليق دفع الشيك على أي أجل، لأنه واجب الوفاء بمجرد الاطلاع.

وقضت محكمة التمييز بأنه " إذا خلا الشيك من أحد البيانات الإلزامية المذكورة في المادة (٢٢٨) من قانون التجارة لسنة ١٩٦٦ فإنه يفقد صفته كشيك عملاً بالمادة (٢٢٩) من نفس القانون ".

وقضت كذلك بأنه: "متى فقد الشيك صفته كشيك فإنه يتحول إلى سند عادي" وقضت أيضاً بأن: "الشيك الذي يتضمن شرطاً يدفع قيمته عندما تباع قطعة الأرض المذكورة فيه لا يعتبر شيكاً بالمعنى القانوني، لأنه معلق على شرط خلافاً لما نصت عليه المادة ٢٢٨/ب من قانون التجارة[1]".

وفي حكم حديث قضت محكمة التمييز بأنه: "لا يعد شيكاً بالمعنى القانوني إذا علق أمر أداء المبلغ المعين فيه على شرط عملاً بالمادة (٢٢٨) من قانون التجارة ... وأنه إذا تضمن الشيك أنه أعطي كتأمين فإنه لا يعد شيكاً، لأنه معلق على شرط خلافاً لنص المادة ٢٢٨/ب من قانون التجارة ". وبناء على ذلك فإن إدانة المشتكى عليه بجريمة إعطاء شيك دون رصيد ومعاقبته على هذا الأساس لا يتفق والقانون لأن فعله لا يؤلف جرماً[2] ".

=التي تحيل إلى المادة (٣١٩) . والقانون السوري المادة (٥٢٣) التي تحيل إلى المادة (٤١٥)، وحسمت محكمة التمييز الجدل حول اختلاف الحروف عن الارقام وقررت أنه عند وجود هذا الاختلاف يؤخذ بالحروف. تمييز حقوق ٢٠٠٤/٤٠١٠ تاريخ ٢٠٠٥/٣/٢٠.

(١) انظر تمييز حقوق رقم ٨٧/١٥٣ مجلة النقابة السنة ٣٧ عام ١٩٨٩ ص ٢٦٤١.

(٢) انظر تمييز جزاء رقم ٨٩/٩٦ مجلة النقابة السنة ٣٨ عام ١٩٩٠ ص ٣٢٩. وانظر تمييز جزاء رقم ١٩٩٠/٥٥ بتاريخ ١٩٩٠/٤/٩ غير منشور وورد في حيثياته " وحيث انه من المتفق عليه فقهاً وقضاء أن الشيك من الناحية الجزائية هو=

ولعل هذا التوجه لدى محكمة التمييز جاء إعمالاً لما نصت عليه المادة (٢٢٨) من قانون التجارة. وصدر آخر قضاء عن محكمة التمييز بتاريخ ١٩٩٠/٥/١٩: يفقد الشيك الذي تضمن تأميناً صفته كشيك، وورد في قرار المحكمة قولها: "وبالرجوع إلى الشيك موضوع هذه القضية نجد أنه لا يتضمن الشروط المنوه عنها آنفاً؛ لأنه وبصريح العبارة في متنه "تأمين على حساب الكسارة" مما يخرجه عن صفة الشيك ويحوله إلى سند عادي وتكون إقامة الدعوى من المجير له لا تستند إلى قانون[1]".

٣- اسم من يلزمه الأداء "المسحوب عليه":

المسحوب عليه هو الشخص الذي يصدر إليه الأمر بالدفع. لذا يجب تعيينه بصورة نافية للجهالة من أجل وصول المستفيد إليه بسهولة.

هذا ويفترض أن المسحوب عليه ـ وهو البنك ـ مدين للساحب بمبلغ من النقود، ويستطيع الأخير أن يحرر به شيكاً لصالح شخص آخر أو لأمره، على أن المسحوب عليه لا يلتزم في مواجهة حامل الشيك بأي التزام، بحيث لا يجبر على الوفاء، لأنه ليس بينه وبين حامل الشيك أية علاقة، وهو لم يؤشر على الشيك بالقبول كما هو الشأن في سند السحب؛ لأن الشيك لا يعرض على المسحوب عليه من أجل قبوله بسبب وجوب دفع قيمته لدى الاطلاع.

وبمثل الحالة المتقدمة فإن من حق حامل الشيك الرجوع إلى المظهرين والساحب والضامنين الاحتياطيين. وله بالإضافة إلى ما ذكر أن يطالب المسحوب عليه بمقابل الوفاء إذا كان تحت يده، وتأتي هذه المطالبة لا على أساس تضامن المسحوب عليه مع الملتزمين الآخرين، بل على أساس أنه يحوز ملكية المقابل التي انتقلت إلى حامل الشيك عند إصداره.

=عمل قانوني مجرد ينفصل عن العلاقة القانونية التي سبق قيامها بين اطرافه والتي صدر الشيك تسوية لها. وعلى ذلك فإن ما يشوب هذه العلاقة من عيوب او بطلان لا ينعكس على الشيك ولا يؤثر في قيام المسؤولية الجزائية بحق الساحب الذي ليس له رصيد ما دامت هذه العيوب لم تظهر في الشيك ولم تفصح عنها بياناته.

(١) انظر تمييز حقوق رقم ٨٩/١٢٩١ تاريخ ١٩٩٠/٥/١٩ غير منشور. وتمييز جزاء رقم ٨٧/١٥٣ مجلة النقابة السنة ٣٧ عام ١٩٨٩ ص ٢٦٤١. وتمييز حقوق رقم ٨٧/٢٠٢ مجلة النقابة السنة ٣٧ عام ١٩٨٩ ص ٢٤٤٨. وتمييز جزاء رقم ٩٠/١١٨ بتاريخ ١٩٩٠/٦/١١ غير منشور.

ويقع على حامل الشيك عبء إثبات وجود مقابل الوفاء، لأن عدم القبول قرينة على عدم وجود المقابل[1]. وذكرنا فيما سبق أن توقيع الشيك بالقبول يعد كأن لم يكن، ولا يقوم بالتأشير على الشيك بما يفيد بوجود مقابل الوفاء مقام القبول في سند السحب، لأن التأشير لا يمنع الساحب من استرداد هذا المقابل.

وهذا ما نصت عليه المادة ٢٧٢ من قانون التجارة بقولها:

١- لا قبول في الشيك وإذا كتبت على الشيك عبارة القبول عدت كأن لم تكن.

٢- على أنه يجوز للمسحوب عليه أن يؤشر على الشيك، وهذه الإشارة تفيد بوجود مقابل الوفاء في تاريخ التأشير.

كما أن الساحب لا يجوز له أن يسحب شيكاً على نفسه، حتى لا يفقد هذا الشيك صفته لأنه يفترض انفصال شخص الساحب عن شخص المسحوب عليه وهذا ما قررته المادة ٢٣٤ الفقرة ٣ عندما نصت على ما يلي:

"ولا يجوز سحبه على الساحب نفسه إلا عندما يكون مسحوباً من مؤسسة على مؤسسة أخرى كلتاهما للساحب نفسه وبشرط أن لا يكون مستحق الوفاء لحامله[2] ".

ويتبين من فحوى هذا النص أن المشرع قصد من وراء هذا الشرط منع إصدار الشيكات لحاملها حتى لا تستطيع البنوك القيام بوظيفتي الساحب والمسحوب عليه، لأن ذلك يؤثر على وظيفة البنك المركزي كمختص في إصدار سندات لحاملها.

---

(١) انظر د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٤٩ ويقول " ان انتفاء القبول في الشيك يستتبع حتماً انتفاء القرينة المعمول بها في الكمبيالة والتي تفترض وجود مقابل الوفاء عند المسحوب عليه القابل " ويقول أيضاً " لذا يجوز للساحب مطالبته بتعويض الضرر الناشئ عن مخالفة الاتفاق " وقرب. د. علي جمال الدين عوض: الوجيز، المرجع السابق ص ٣٥٨ ويقول " كما يكون للساحب ان يقاضي المسحوب عليه عن الضرر الذي سببه له برفض وفاء الشيك إذا كان بينهما اتفاق ولو ضمني على التزام البنك (المسحوب عليه) بوفاء الشيكات ".

(٢) وفقاً للتشريع الفرنسي، يجب أن يكون المسحوب عليه بنكاً أو منشأة لها ذات اختصاص البنك. انظر في ذلك، القانون الصادر عام ١٩٣٥ والمعدل عام ١٩٤٢. مشار إليه في د. سميحة القليوبي: المرجع السابق ص ٢٨٠ هامش ١ وتقول " ونرى أن كتابة اسم الفرع المسحوب عليه ضروري كأحد البيانات الرئيسة خاصة ما يتعلق بشروط جريمة إصدار شيك بدون رصيد، حيث يجب التأكد من عدم وجود رصيد في فرع البنك المسحوب عليه ". يقابل نص المادة ٣/٢٣٤ ق قانون التجارة المادة ٣/٤١٤ من قانون التجارة اللبناني، والمادة ٢/٥٢٠ من قانون التجارة السوري والمادة ٣/٦ من قانون جنيف الموحد.

٤- مكان الأداء:

مكان الأداء، هو المحل الذي يقدم فيه الحامل الشيك للوفاء، وهو من البيانات الإلزامية التي نصت عليها المادة ٢٢٨ من قانون التجارة. ومن مزايا تعيين مكان الأداء تحديد المحكمة المختصة عند قيام النزاع، وتعين القانون الواجب التطبيق في حال تداول الشيك في بلدان مختلفة.

أما إذا أغفل بيان مكان الأداء، فإن القانون أجاز اعتبار المكان الذي يذكر بجانب اسم المسحوب عليه مكاناً للدفع، وأنه عند ذكر عدة أمكنة بجانب اسم المسحوب عليه يكون الشيك مستحق الأداء في أول محل مبين فيه، وإذا خلا من ذكر هذا البيان تماماً كان واجب الأداء في المكان الذي يقع فيه المحل الرئيس للمسحوب عليه. وهو ما نصت عليه المادة ٢٢٩/ب من قانون التجارة. كما أجاز نص المادة ٢٣٦ من ذات القانون اشتراط وفاء الشيك في موطن شخص غير المسحوب عليه بشرط أن يكون هذا الشخص معرفاً.

٥- تاريخ إنشاء الشيك ومكان إنشائه:

أ- **تاريخ إنشاء الشيك:** يجب أن يذكر في الشيك تاريخ إنشائه لما لهذا البيان من أهمية بالغة تبدو في معرفة أهلية الساحب بتاريخ تحرير الشيك، وتحديد الوقت في حالة توقف التاجر عن دفع ديونه " فترة الريبة " بالإضافة إلى أهمية هذا البيان من حيث إنه يساعد في حساب المواعيد والمهل التي قررها القانون للوفاء بمرور الزمن.

وتظهر أهمية بيان تاريخ إنشاء الشيك في معرفة ما إذا كان له بتاريخ إصداره مقابل لدى المسحوب عليه أم لا[1] وما يترتب على ذلك من اعتبار الشيك أداة وفاء واجب الدفع عند الاطلاع، كونه لا يتضمن إلا تاريخاً

(١) انظر د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٣٢.

واحداً هو تاريخ إنشائه[1]. وهذا ما يميزه عن سند السحب، لأن الشيك إذا تضمن أكثر من تاريخ فإنه يتحول إلى سند سحب[2].

ويجدر بالذكر أن الساحب حر في اتخاذ نموذج التوقيع الذي يعتمده لدى البنك، ويحصل أحياناً أن يكتب الساحب توقيعه وتاريخ تحرير الشيك مع بعضهما بحيث يكون التاريخ جزءاً من التوقيع. ففي هذه الحالة ينظر إذا كان هذا الأسلوب هو الذي دونه في نماذج توقيعه المودعة لدى البنك فيعتبر التاريخ جزءاً من التوقيع ويجب أن يظهر في الشيك بهذا الشكل وإلا وجب رفضه لعدم مطابقة التوقيع باعتبار أن التاريخ يجب أن يدخل في التوقيع كجزء منه وهو ما يتفق مع النماذج التي وضعها الساحب لتكون أساساً للمقارنة والمضاهاة[3].

أما بشأن الشيك الذي يحمل تاريخين أحدهما تاريخ إنشائه والثاني تاريخ استحقاقه، فإنه يفقد صفته كشيك رغم اعتباره أمراً صادراً من الساحب باعتباره دائناً للمسحوب عليه[4].

---

(١) قضت محكمة التمييز بأن خلو الشيك من تاريخ تحريره يفقده صفته كشيك ويحوله إلى سند عادي ويتحول الالتزام الصرفي إلى التزام عادي وبالتالي لا تسري عليه أحكام الأوراق التجارية وإنما القواعد العامة. انظر تمييز حقوق رقم ٨٧/٥١. مجلة النقابة السنة ٣٧ عام ١٩٨٩ ص ٢١٠. وتمييز جزاء رقم ٩٠/١١٧ بتاريخ ١٩٩٠/٥/٢٧ غير منشور وورد في حيثيات القرار: " وبما أن الشيك موضوع هذه القضية يحمل تاريخاً واحداً فلا يقبل من ساحبه بأنه صدر في حقيقة الأمر في تاريخ سابق لعدم جواز إثبات صورية التاريخ المثبت عليه " وانظر تمييز جزاء رقم ٨٨/١٨٥ الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز بتاريخ ١٩٨٨/١١/٢٩.

(٢) انظر د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٤٨٨ ويقول بشأن تاريخ السحب بأنه " بيان هام من نواح كثيرة فهو المرجع في تحديد أهلية الساحب للالتزام، وهو الأساس في تحديد الميعاد الذي يتعين فيه تقديم الشيك للوفاء، وهو عنصر جوهري في تحديد بداية التقادم " ويقول كذلك " لقد اشترط القانون الفرنسي الصادر في ١٤ يونيه ١٨٦٥ في مادته الأولى أن يكتب التاريخ بالحروف بمعرفة الشخص الذي يحرر الشيك ".

(٣) انظر د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ص ٨٧ هامش ١٧.

(٤) انظر تمييز جزاء رقم ١٩٩٠/٩٧ بتاريخ ١٩٩٠/٥/١٧ وورد في حيثيات هذا القرار " أنه إذا كان الشيك يحمل تاريخاً واحداً فإنه يعتبر صادراً في ذلك التاريخ المدون عليه لهذا فلا يقبل من ساحبه إثبات ما يخالف ظاهر الشيك وانه صدر عنه بتاريخ مغاير للتاريخ المدون عليه حتى ولو بدليل خطي صادر عن المستفيد ومبرز من قبل هذا الأخير. وان القول بخلاف ذلك يتنافى مع طبيعة الشيك كأداة وفاء ومستحق الأداء بمجرد الاطلاع ".

ودرجت البنوك على صرف هذه الشيكات لا بتاريخ إنشائها بل بتاريخ استحقاقها. كما جرى العرف المصري في على أنه إذا قدم الشيك قبل حلول أجل الاستحقاق المدون به فإن البنك لا يرده بل يدفع قيمته، وهو بذلك يعمل على تطبيق القانون من حيث أن الشيك أداة وفاء يجب دفع قيمته للمستفيد لدى الاطلاع.

وقضت محكمة التمييز في قضاء حديث لها " إن ورقة الشيك الخالية من التاريخ لا تعتبر شيكاً، وعليه فإن الحكم بعدم المسؤولية الجزائية على المشتكي عليه وبالتالي عدم البحث في حصول التفويض لتعبئة البيانات الخالية بورقة الشيك من عدمه، ما دام أن الفعل موضوع التفويض وهو وضع التاريخ على ورقة الشيك لم يحصل، أمر لا تلتزم المحكمة القيام به[1]".

وقضت كذلك أنه "إذا كان الشيك لا يتضمن تاريخ إنشائه، فإنه يكون قد فقد صفته كشيك عملاً بالمادة ٢٢٨ من قانون التجارة ". وقضت بأنه "متى فقد الشيك صفته كورقة تجارية بسبب عدم ذكر تاريخ تحريره فإنه يتحول إلى سند عادي لا يقبل التظهير ولا يجوز تداوله إلا باتباع إجراءات الحوالة المدنية، وما يبنى على ذلك أن المدعي لا يملك حق المطالبة بقيمة الشيك باعتباره حاملاً لهذا الشيك بطريق التظهير[2]".

وفي حكم حديث قضت به محكمة التمييز وقالت " أن طبيعة الشيك كأداة وفاء تقتضي أن يكون تاريخ السحب هو نفسه تاريخ الوفاء وتاريخ إصداره هو بذاته حسب الثابت فيه مستحق الأداء بمجرد الاطلاع وشأنه شأن النقود التي يوفي بها الناس ما عليهم وليس فيه ما ينبئ المطلع عليه بأنه في حقيقته لم يكن إلا أداة ائتمان، وعليه يكون التاريخ الموضوع على الشيك هو نفسه تاريخ اليوم الذي أعطي فيه، ويعاقب الساحب على أية

(١) انظر تمييز جزاء رقم ٨٨/١٨٤ مجلة النقابة السنة ٣٨ عام ١٩٩٠ ص ٣١١.

(٢) انظر تمييز حقوق رقم ٨٦/٧٩١ مجلة النقابة السنة ٣٧ عام ١٩٨٩ ص ٢٥٥.

حال إذا سحب شيكاً لا يقابله رصيد، ولا يقبل منه إثبات صورية التاريخ لأن العبرة بالحالة الظاهرة وحدها[1]".

ب- **مكان إنشاء الشيك:** تضمن نص المادة ٢٢٨ من قانون التجارة أن مكان إنشاء الشيك يعد من البيانات الإلزامية، إلا أن خلو الشيك من هذا البيان لا يترتب عليه فقدان صفته كشيك، وهو ما نصت عليه الفقرة ح من المادة ٢٢٩ من قانون التجارة بأنه "إذا خلا من بيان محل الإنشاء يعد منشأ في المكان المبين بجانب اسم الساحب، وإذا لم يذكر مكان الإنشاء فيعتبر مكان تسليمه للمستفيد هو مكان الإنشاء".

وتبدو أهمية مكان إنشاء الشيك في تحديد ميعاد تقديمه للوفاء على النحو الذي نصت عليه المادة ٢٤٦ عندما ميزت بين الشيك المسحوب في المملكة الأردنية وواجب الوفاء فيها وبين الشيك المسحوب خارجها وواجب الوفاء فيها.

٦- **توقيع الساحب:**

يشكل توقيع الساحب على الشيك أهمية كبيرة، إذ هو جوهر الورقة وأساس التزام الساحب بمضمونها. وأنه إذا كان التوقيع على الشيك غير موجود كان هذا الشيك عديم الأثر، لأن التوقيع هو تعبير عن الالتزام.

وفي الوقت ذاته، إذا كان التوقيع على الشيك مزوراً فلا يلتزم الساحب بقيمته، وليس للبنك الذي دفع قيمة شيك مزور أن يقيد هذه القيمة في الجانب المدين للساحب وليس له الرجوع بما دفع على صاحب الحساب الذي تم تزوير توقيعه[2].

ولأن لتوقيع الساحب هذه الأهمية، ولأن هذا التوقيع هو جوهر الورقة وأساس التزام الساحب بمضمونها، فإن البنك يحرص على الحصول على عدة نماذج لتوقيع

---

(١) لا يعتبر الشيك الخالي من بيان مكان إنشائه باطلاً، وهو ما نصت عليه المادة ٢٢٩/ح من قانون التجارة، ويقابل هذا النص المادة ٤٢٦ من قانون التجارة اللبناني، والمادة ٤/٥١٥ من قانون التجارة السوري والمادة الثانية من قانون جنيف الموحد. وانظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٥٧ وقارن د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٥٣ ويقول: ولما كانت الصفة الإلزامية لبيانات الشيك تستند إلى العرف، وكان هذا العرف غير مستقر على وجوب ذكر مكان التحرير فإننا نعتقد ان إهمال ذكر هذا البيان لا يترتب عليه تعييب الشيك.

(٢) انظر تفصيلاً د. جمال الدين عوض: المرجع السابق ص ٨٥.

العميل كي يعتمدها في المضاهاة والمقارنة بالتوقيع الذي يدونه العميل على الشيكات التي يسحبها ليتحقق من أن هذه الشيكات صدرت عن عميله أم لا.

وغالباً فإن البنك يعتمد أحد موظفيه من ذوي الخبرة لإجراء المضاهاة، وينتظر من هذا الخبير بذل العناية المطلوبة منه كخبير تفوق خبرته في المضاهاة خبرة الشخص العادي(١).

وجدير بالذكر أنه لا يصلح للمضاهاة عند حصول نزاع حول التوقيع على الشيك سوى نموذج التوقيع الذي حصل عليه البنك عند فتح الحساب، وعليه فإذا كان العميل قد فتح عدة حسابات لدى عدة بنوك، فإن تواقيعه لديها لا تصلح للمضاهاة طالما أنها غير متعلقة بحسابه لدى البنك المسحوب عليه الشيك المدعي تزويره، لأن المفروض أن النموذج أعد بمناسبة واحدة هي التعامل في الحساب، والسبب في ذلك أن البعض لديه أكثر من أسلوب في التوقيع، إذ قد يوقع على أوراقه الخاصة بأسلوب يختلف عن توقيعه على معاملاته المالية(٢).

لذا فإن البنك عندما يشترط على العميل أن يقدم نموذجاً عن توقيعه فكأنما يتفق معه على أن التوقيع غير المطابق لهذا النموذج يعتبر غير صادر عنه، وبالتالي فإن من حق البنك أن يرفض الوفاء بالشيكات التي تحمل تواقيع لا تطابق النماذج المحفوظة لديه.

البند الثاني: ترك البيانات الإلزامية وصوريتها وتحريفها

أولاً: ترك البيانات الإلزامية

حدد قانون التجارة في المادة ٢٢٨ البيانات الإلزامية التي يجب أن يشتمل عليها الشيك، كما نصت المادة ٢٢٩ من ذات القانون على أن: السند الخالي من أحد البيانات المذكورة لا يعتبر شيكاً إلا في حالات ورد النص عليها في الفقرات من (أ ـ د).

---

(١) المرجع السابق ص ٨٦ ويقول " ولا يلزم البنك في هذا التحقق بما يلزم به خبير في تحقيق الخطوط، بل يكفيه أن يبذل في المضاهاة ما ينتظر من موظف في البنك مخصص لذلك وله خبرة في العملية، فالعناية المطلوبة هي بين ما ينتظر من خبير في المضاهاة وما ينتظر من رجل الشارع ".

(٢) انظر نموذج التوقيع الذي يختلط فيه التوقيع بتاريخ إنشاء الشيك ما سبق في هذا الفصل.
وراجع د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ص ٧٨.

وهكذا نجد أن الشيك إذا خلا من بعض البيانات الإلزامية يكون باطلاً، بحيث يتجرد من كل أثر قانوني، كما لو خلا من توقيع الساحب أو المبلغ الواجب دفعه، أما إذا خلا من البيانات الأخرى فإنه لا يتجرد من كل أثر قانوني كما هو في الحالة الأولى بل يتحول إلى سند أذني أو سند عادي يمكن أن يثبت به التزام الساحب قبل المستفيد أو الحامل، كما إذا سحب على غير مصرف، أو لم يذكر اسم المسحوب عليه، أو أغفل تاريخ إنشائه.

وبناءً على ذلك فإن البيانات التي يترتب على إغفال ذكرها في السند بطلانه وتجريده من كل أثر قانوني، تتصل بالنظام العام، لأن ذلك يستند إلى اعتبارات تتعلق بالأئتمان وما يقوم به الشيك من دور هام كأداة وفاء تحل محل النقود.

أما النوع الثاني من البيانات الإلزامية والتي لا يترتب عليها بطلان الشيك وتجريده من كل أثر بل يتحول إلى سند أذني أو سند عادي طبقاً للقواعد العامة في تحول التصرفات بأنه إذا خلا الشيك من ذكرها يبطل بوصفه شيكاً ويظل معتبراً كسند عادي فمنها إغفال شرط الأمر بالدفع، أو إغفال ذكر اسم المسحوب عليه، أو تاريخ الإنشاء[1].

وهناك بيانات إلزامية ورد الاستثناء بشأنها في المادة ٢٢٩ من قانون التجارة على نحو لا يفقد الشيك صفته إذا خلا منها، بمعنى أن هناك استثناءات لمبدأ البطلان نص عليها قانون التجارة عند إغفال بعض البيانات الإلزامية.

ولعل المشرع استند عند تقرير هذه الاستثناءات إلى الإرادة المفترضة عند الأطراف.

وهذه الاستثناءات كما نصت عليها المادة ٢٢٩ هي:

١- مكان الأداء:

إذا لم يذكر مكان الأداء في الشيك فإن المكان الذي يذكر بجانب اسم المسحوب عليه يعد مكاناً للدفع، وإذا ذكرت عدة أمكنة بجانب اسم المسحوب عليه فيكون الشيك مستحق الأداء في أول محل مبين فيه، وعلى الرغم أنه يعود للساحب والأطراف الأخرى أن يتفقوا على تعيين محل الأداء على نحو مختلف عن محل إقامة

(١) فرض المشرع في المواد ٢٧٥ ـ ٢٧٨ من قانون التجارة عقوبات على من يخالف احكامه ومن هذه المخالفات إثبات تاريخ غير صحيح في الشيك، وسحب الشيك على غير مصرف، وعدم تدوين مكان الإنشاء وإصدار شيك بدون تاريخ.

المسحوب عليه، فإنه من الجائز عند عدم تعيين هذا المحل أو عند إغفال المحل كبيان إلزامي أن يؤخذ بالمحل المبين بجانب اسم المسحوب عليه كمكان للأداء ولا يكون الشيك باطلاً بسبب إغفال تعيين مكان الأداء[1].

ونصت الفقرة ب من المادة ٢٢٩ من قانون التجارة أن الشيك لا يبطل بعدم ذكر مكان الأداء ولو لم يذكر المكان بجانب اسم المسحوب عليه، أو ذكرت عدة أمكنة بجانب اسم المسحوب عليه، لأنه يعتبر واجب الأداء في المكان الذي يقع فيه المحل الرئيس للمسحوب عليه.

٢- مكان إنشاء الشيك:

الاستثناء الثاني الذي أورده القانون لمبدأ البطلان عند إغفال ذكر البيانات الإلزامية هو عدم ذكر مكان إنشاء الشيك، وعليه فإن الشيك الذي لم يبين فيه مكان إنشائه يعد منشئاً في المكان المبين بجانب اسم الساحب، وإلا فيعتبر مكان تسليمه للمستفيد هو مكان الإنشاء واشترط المشرع حالتين لإغفال ذكر محل إنشاء الشيك.

الأولى: إذا خلا الشيك من محل إنشائه وكان هناك مكان بجانب اسم الساحب.

الثانية: إذا لم يذكر أي مكان على الشيك.

ففي الحالة الأولى يعتبر المكان المدون بجانب اسم الساحب هو مكان إنشائه.

وفي الحالة الثانية يعتبر المكان الذي تم فيه تسليم الشيك إلى المستفيد هو مكان إنشائه.

وهكذا فإن الاستثناء الثاني الذي أورده القانون هو عدم ذكر مكان إنشاء الشيك، وبموجب هذا الاستثناء فإنه لا يترتب البطلان على إغفال بيان مكان الإنشاء[2].

---

(١) انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٥٨.

د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٤١، وقارن د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٥٥. وانظر بشأن الاستثناءات من مبدأ البطلان المادة ٤١٠ من قانون التجارة اللبناني والمادة ٥١٥ من قانون التجارة السوري والمادة ٢ من القانون الموحد وهي تتضمن ذات أحكام المادة ٢٢٩ من قانون التجارة.

(٢) قارن ذلك مع نص المادة ٤٤٦ من قانون التجارة اللبناني و ٤/٥١٥ من قانون التجارة السوري والمادة ٢ من القانون الموحد. وتختلف هذه النصوص في حكمها بشأن إغفال مكان إنشاء الشيك عن حكم المادة ٢٢٩ من قانون التجارة. ذلك أن=

٣- خلو السند من كلمة شيك:

إن معظم التشريعات التي أمكن الاطلاع عليها تعتبر السند الذي يخلو من ذكر كلمة شيك باطلاً بمعنى أنه يفقد صفته كشيك، ويعتبر هذا الشيك ناقصاً أو معيباً إلى درجة لا يتجرد معها من كل أثر قانوني، لأنه من الجائز اعتباره سنداً عادياً، يثبت به التزام الساحب تجاه المستفيد أو الحامل[1].

وقد خرج قانون التجارة الأردني عن هذا الإجماع وقرر أن خلو السند من كلمة شيك لا يفقد صفته ولا يعتبر باطلاً إذا كان مظهره المتعارف عليه يدل على أنه شيك، وهكذا يكون قانون التجارة قد أوجد ثلاثة استثناءات على مبدأ بطلان الشيك الذي يتخلف أحد بياناته الإلزامية، حيث أضاف إغفال كلمة شيك في السند إلى الاستثناءين اللذين أخذت بهما التشريعات المقارنة[2].

ثانياً: صورية البيانات الإلزامية

تتحقق هذه الحالة في الشيك عندما يكون مستكملاً كافة بياناته الإلزامية إلا أن بعض هذه البيانات يرد على غير الحقيقة.

ولبيان ذلك نقول أنه قد ترد الصورية على تاريخ تحرير الشيك بأن يقدم أو يؤخر بقصد إخفاء أهلية ساحب السند، أو إبعاد الشيك عن فترة الريبة التي تسبق إفلاس الساحب أو لجعله سابقاً على قرار المحكمة المتضمن توقف الدائن التاجر عن دفع ديونه[3].

=تلك التشريعات اعتبرت الشيك باطلاً إذا لم يعين فيه مكان إنشائه ولم يذكر أي محل بجانب اسم الساحب بخلاف النص في القانون الأردني الذي لم يرتب البطلان لأنه اعتبر مكان إنشائه هو مكان تسليمه للمستفيد. انظر د. مصطفى كمال طه: ص ٢٥٨.

(١) انظر نص المادة ٤٠٩ من قانون التجارة اللبناني. ويقابلها نص المادة ٥١٤ من قانون التجارة السوري والمادة ١ من القانون الموحد. وتضمنت هذه النصوص أحكاماً فحواها أن السند الذي لا يتضمن كلمة شيك يفقد صفته ويتحول إلى سند اذني أو سند عادي. انظر د. أدوار عيد: المرجع السابق ص ٢٥. د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٥٧.

(٢) راجع د. أدوار عيد: المرجع السابق ص ٢٥، وص ٤١. د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٥٤.

(٣) انظر تمييز جزاء رقم ٩٠/٩٧ بتاريخ ١٩٩٠/٥/١٧ وتمييز جزاء رقم ٩٠/١١٧ تاريخ ١٩٩٠/٥/٢٧ وتضمن الحكمان انه " لا يقبل من ساحب الشيك القول بأنه صدر في حقيقة الأمر في تاريخ سابق، لعدم جواز إثبات صورية التاريخ المثبت عليه، وأيضاً " لا يقبل من المستفيد القول بأنه صدر الشيك قبل التاريخ المدون عليه حتى ولو اقر بأنه عبأ الشيك بخط يده ما دام أن الساحب قد وقع عليه" وورد في حيثيات القرار التمييزي الأول رقم ٩٠/٩٧ انه " إذا كان الشيك يحمل=

وقد ترد الصورية في تاريخ التظهير، كما لو حصل سابقاً لوقت وقوعه، ويكاد يجمع الفقه على أن صورية تاريخ إنشاء الشيك لا يترتب عليها بطلانه[1]، إنما يجوز لصاحب المصلحة التدليل بكافة طرق الإثبات على أن المقصود بها الغش أو التحايل على أحكام القانون، حتى إذا ثبتت الصورية بلغ صاحب المصلحة الغاية التي ينشدها وهي التمسك بالوضع الحقيقي. وعلى سبيل المثال إذا كان المقصود من تغيير التاريخ إخفاء نقص أهلية الساحب، فإن إثباتها يحقق له التمسك ببطلان التزامه في الشيك، وهو بطلان يجوز الدفع به في مواجهة كل حامل ولو كان حسن النية، لأن الدفع بنقص الأهلية لا يطهره التظهير.

وأخيراً فإن من المفروض أن البيانات الواردة في الشيك حقيقية وصحيحة حتى يقوم الدليل على صوريتها.

ثالثاً: تحريف البيانات الإلزامية

التحريف ـ حالة تتناقض مع حقيقة الشيك بحيث يقع تغيير في أحد بياناته أو أكثر، وقد يقع هذا التغيير وقت إنشائه أو بعد أن يصبح في حالة تداول، ومثال حالات التحريف، تغيير المبلغ الذي دون في الشيك أو التوقيع باسم شخص غير الساحب الحقيقي، وقد أحالت المادة ٢٦٩ التي تبحث في تحريف الشيك على المادة ٢١٣ المتعلقة بسند السحب فنصت على أنه: تسري على الشيك أحكام المادة ٢١٣ المتعلقة بسند السحب[2].

=تاريخاً واحداً فإنه يعتبر صادراً في ذلك التاريخ المدون عليه، لهذا فلا يقبل من ساحبه إثبات ما يخالف ظاهر الشيك وانه صدر عنه بتاريخ مغاير للتاريخ المدون عليه حتى ولو بدليل خطي صادر عن المستفيد ومبرز من قبل هذا الأخير. وان القول بخلاف ذلك يتنافى مع طبيعة الشيك كأداة وفاء مستحق الأداء بمجرد الاطلاع" وراجع تمييز جزاء رقم ١٩٨٨/١٥٨.

(١) انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٥٩، د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٤٥. د. علي جمال الدين عوض: الوجيز، المرجع السابق ص ٣٦٠ ويقول " والصورية في ذاتها ليست سبباً للبطلان ولا تؤثر في سلامة الشيك إلا إذا كان المقصود منها الغش بالغير، فإذا امكن إثبات الحقيقة كان للغير ـ صاحب المصلحة ـ أن يتمسك بالوضع الحقيقي وعلى من يدعي الصورية أن يثبتها ". وراجع د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٥٧.

(٢) نصت المادة ٢١٣ من قانون التجارة بأنه "إذا وقع تحريف في متن السند التزم الذين وقعوه فيما بعد بمقتضى متنه المحرف، أما الموقعون السابقون فملزمون بمقتضى متنه الأصلي" انظر في هذا الموضوع، د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٥٩، ٢٦٠، د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٤. د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٥٤.

البند الثالث: مقابل الوفاء

يعتبر مقابل الوفاء أو المؤونة أو الرصيد من أهم ضمانات حامل الشيك التي يعتمد عليها لاستيفاء قيمته، ذلك لأن عدم وجود هذا المقابل يفقد الشيك أهميته في نطاق الأعمال المصرفية وقيمته كأداة وفاء حلت محل النقود.

والحديث في هذا الموضوع يقتضي منا بعد التقديم له أن نناقش شروطه وملكيته وجزاء تخلفه.

وهكذا يمكن القول أن الدائن لا يرضى باستلام شيك من المحرر وفاء لدينه إلا لأنه يعلم أنه يقبض نقوداً، والدائن "المستفيد" يتسلم الشيك لتنتقل له ملكية مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه، لذلك يكون مطمئناً إلى أن دينه مضمون بهذا المقابل.

ومقابل الوفاء في الشيك يختلف عنه في سند السحب، لأنه في الأول يجب أن يكون موجوداً بتاريخ تحرير الشيك، بسبب أن الشيك أداة وفاء لدى الاطلاع، بينما لا يشترط ذلك في سند السحب، الذي يعتبر أداة ائتمان، ولأن سند السحب يشتمل على تاريخ استحقاق فيتعين أن يكون مقابل الوفاء موجوداً في هذا التاريخ.

وتجدر الملاحظة إلى أن عدم وجود مقابل الوفاء لا يؤثر في صدور الشيك صحيحاً، لأن المقابل ليس من بياناته ولا شرطاً لصحته، بل كل ما في الأمر أن المقابل ضمان هام من ضمانات الوفاء به[1].

أولاً: شروط مقابل الوفاء

يلتزم البنك بوفاء الشيكات التي يسحبها عليه عميله، على شرط أن تكون لديه وسيلة تنفيذ هذا الالتزام وهي مقابل الوفاء "الرصيد". ويكون هذا الرصيد موجوداً إذا كان الساحب دائناً للبنك، بمعنى أن له بذمته نقوداً يستطيع التصرف فيها، ويشترط أن يكون هذا الرصيد مبلغاً نقدياً دائماً ويمكن التصرف فيه بتاريخ تحرير الشيك، أما شروط مقابل الوفاء فهي:

---

(١) انظر د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك، المرجع السابق ص ٩٥ ويقول "فإذا لم يتوافر للشيك رصيد بالمعنى المتقدم فلا تخلع ذلك عن الشيك وصفه القانوني والحماية التي يقررها القانون للمستفيد والحملة اللاحقين، لأن هذه الشروط تفرض على الساحب وحده، ولكن البنك لا يلزم بوفائه لتخلف الرصيد".

١- أن يكون مقابل الوفاء مبلغاً من النقود:

لا يتصور أن يكون مقابل الوفاء شيئاً آخر غير النقود لأنه إذا كان كذلك فلا يمكن أن يسحب شيك على هذا المقابل، لأن من البيانات الإلزامية للشيك أنه يشتمل على أمر بأداء قدر معين من النقود. وعليه فإن مبلغ النقود يعتبر ديناً للساحب بذمة البنك يأمره بموجب الشيك أن يدفعه للمستفيد. ولا أهمية لتحديد مصدر مقابل الوفاء، لأنه قد يكون وديعة وضعها الساحب بشرط الوفاء بها بسحب شيكات على البنك، وقد يكون ناتجاً عن حساب جار أو عقد خصم أوراق تجارية، أو عقد قرض منحه البنك للساحب وقيده في حسابه، وقد يكون مصدر هذا الدين عبارة عن خامات قدمها الساحب للبنك، أو ثمن بضاعة باعها الساحب للمسحوب عليه[1].

٢- أن يكون مقابل الوفاء موجوداً عند سحب الشيك:

يختلف مقابل وفاء الشيك عنه في سند السحب، لأنه في الشيك يتعين أن يكون موجوداً عند إصداره. وإصداره يعني إطلاقه في التداول ويتحقق ذلك بمجرد تسليمه إلى المستفيد. أما مقابل الوفاء في سند السحب فيشترط وجوده بتاريخ الاستحقاق. ويستفاد شرط وجود مقابل الوفاء للشيك عند إصداره من نص المادة ٤٢١ من قانون العقوبات المعدل، التي تفرض العقاب على من يصدر شيكاً بدون مقابل وفاء[2].

ويجدر بالذكر أن قانون العقوبات عندما نص في المادة ٤٢١ على معاقبة كل من أعطى بسوء نية شيكاً لا يقابله رصيد قائم، يكون قد نهى صراحة عن إصدار شيك لا يوجد له قبل إصداره مقابل وفاء كاف وممكن التصرف فيه، وعلى أي حال فإن أهمية وجود مقابل الوفاء أو عدمه تظهر عند رفض البنك دفع قيمة الشيك. واستقر

---

(١) راجع د. محمود سمير الشرقاوي: المرجع السابق ص ٤٦٢، د. ادوار عيد: ص ٩٤، د. مصطفى كمال طه: ص ٢٦٤، د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٤٥٢ ويقول بعد ان ذكر عدة فروض لمصدر دين الساحب بذمة المدين " وإنما المهم في جميع هذه الفروض ان تتخلف في ذمة المسحوب عليه مديونية بمبلغ معين من النقود ". وقرب د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٦٠ حيث يقول " وقد يكون محل الدين نقوداً منذ نشأته. وقد يكون شيئاً آخر كبضائع او قيم أخرى ثم يتحول إلى مبلغ من النقود قبل إنشاء الشيك ". ويقول كذلك " فإذا انشأ الشيك وكان دين الساحب عند المسحوب عليه لا يزال في صورة بضائع او قيم غير نقدية أعتبر الرصيد غير قائم. ولا اهمية لمصدر دين الرصيد " وراجع د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك، المرجع السابق ص ٩٤ وما بعدها.

(٢) انظر نص المادة ٤٢١ من قانون العقوبات المعدل.

الفقه والقضاء على أن الشيك الذي يؤرخ بتاريخ لاحق على التاريخ الحقيقي الذي أنشئ فيه يعد صحيحاً[1].

وفي ذلك قضت محكمة التمييز بالدعوى رقم ٨٨/١٨٥: "أن طبيعة الشيك كأداة وفاء تقتضي أن يكون تاريخ السحب هو نفسه تاريخ الوفاء وتاريخ إصداره هو بذاته حسب الثابت فيه يستحق الأداء بمجرد الاطلاع وشأنه شأن النقود التي يوفي به الناس ما عليهم وليس فيه ما ينبئ المطلع عليه بأنه في حقيقته لم يكن إلا أداة ائتمان. وعليه يكون التاريخ الموضوع على الشيك هو نفسه تاريخ اليوم الذي أعطي فيه، ويعاقب الساحب على أية حال إذا لم يكن له رصيد ولا يقبل من الساحب إثبات صورية التاريخ لأن العبرة بالحالة الظاهرة وحدها[2] ".

٣- يجب أن يكون مقابل الوفاء قابلاً للتصرف فيه بموجب الشيك المسحوب :

لما كان الشيك أداة وفاء يقوم مقام النقود، ويجب الوفاء بقيمته فور تقديمه للبنك فإنه يجب أن يكون مقابل الوفاء قابلاً للتصرف فيه بموجب هذا الشيك الصادر عن الساحب. وإذا لم يكن هذا المقابل كذلك فإنه والعدم سواء طالما لا يمكن التصرف فيه بموجب الشيك.

لذا يجب أن يكون هذا المقابل مقدور التصرف به بموجب الشيك ويكون كذلك عندما يكون محقق الوجود مستحق الأداء ومعين المقدار، ونصت المادة ٦/٢٣١

---

(١) انظر د. محمد صالح: الأوراق التجارية ص ٢٨١، د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٤٦، د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٩٥، د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٤٥٤، د. علي جمال الدين عوض: الموجز، المرجع السابق ص٣٦١. وانظر نقض جنائي مصري تاريخ ١٩٤٧/١١/٤ مجلة المحاماة السنة ٢٨ ص ٩٠٤ رقم ٣١٨. القواعد القانونية ج٧ ص٢٨٠ رقم ٤٠٢، وورد في هذا الحكم ما نصه " متى كان الشيك بحسب التاريخ المكتوب فيه قابلاً للصرف من وقت تحريره فإنه يكون اداة وفاء بغض النظر عن حقيقة الواقع ولا يحق للساحب ان ينازع في ذلك بتقديم الدليل على انه إنما اصدره في تاريخ سابق ".

(٢) تمييز جزاء رقم ٨٨/١٨٥، مجلة النقابة عام ١٩٨٩ ص ٢٨٣.

انظر نقض جنائي مصري بتاريخ ١٩٥١/١١/٧ مجموعة احكام النقض ص ١٣٦ رقم ٥٤ وورد في حيثياته " متى كان الثابت أن الورقة التي أعطاها المتهم للمجني عليه على أنها شيك ظاهر فيها أن تاريخ الاستحقاق هو ذات تاريخ السحب، فهي تعد شيكاً ولا يجوز الدفع بأن الحقيقة غير ذلك ولا إثبات ما يخالف ظاهر الشيك".

وكذلك نقض جنائي مصري بتاريخ ١٩٤٨/٦/١ مجلة المحاماة ص ٢٩ وص ٥٤٩ رقم ٢٦٢ مجموعة القواعد القانونية ج٧ ص ٥٧٩ رقم ٦١٤.

من قانون التجارة بأنه: "لا يجوز إصدار شيك ما لم يكن للساحب لدى المسحوب عليه في وقت إنشائه نقوداً يستطيع التصرف فيها بموجب شيك طبقاً لاتفاق صريح أو ضمني".

وعلى ذلك يشترط في مقابل الوفاء أن يكون محقق الوجود بما يعني أنه إذا كان معلقاً على شرط واقف فإنه يعتبر غير موجود، وإذا كان معلقاً على شرط فاسخ وتحقق الشرط قبل تقديم الشيك للوفاء اعتبر مقابل الوفاء غير موجود.

ويتشرط كذلك أن يكون المقابل مستحق الأداء حتى يمكن أن يوصف بأنه قابل للتصرف فيه.

ويثور النقاش في هذا المجال حول الحساب الجاري، إذ إن هذا الحساب لا يعرف فيه الدائن من المدين بسبب تشابك المدفوعات بسبب اعتماد مبدأ عدم تجزئة مفردات الحساب الجاري[1]، وقد ذهب رأي إلى أن المدفوعات التي تقيد في الحساب تفقد ذاتيتها لتصبح مجرد مفردات يتعذر معها معرفة رصيد الدائن والمدين قبل إقفال الحساب. ولا يصلح بالتالي أساساً لمقابل الوفاء في الشيك.

وذهب رأي آخر مؤداه أن الحساب الجاري يصلح أساساً لمقابل الوفاء في الشيك، ولا تتعارض هذه الصلاحية مع وحدة الحساب الجاري وعدم قابليته للتجزئة، ويفسر القائلون بذلك أن الحساب الجاري بدأ اتفاقاً ومن الحق لأطرافه تعديل هذا الاتفاق أو إبرام اتفاق جديد يكون محله إقفال الحساب الجاري مؤقتاً بمناسبة إصداره الشيك. وأنه إذا كانت نتيجة الإقفال تؤدي إلى أن الساحب دائن للمسحوب عليه اعتبر مقابل الوفاء موجوداً.

ولكي يكون مقابل الوفاء قابلاً للتصرف به فلا بد أن يكون هذا المقابل معين المقدار بالإضافة إلى كونه محقق الوجود ومستحق الأداء، لأنه إذا كان عبارة عن

(١) ذهب بعض الفقه إلى جواز اقفال الحساب الجاري بصورة مؤقتة وباتفاق طرفيه بمناسبة إصدار شيك، وفي هذه الحالة يصبح مقابل الوفاء قابلاً للتصرف فيه إذا كان يساوي قيمة الشيك المسحوب. كما أن القطع الدوري للحساب الجاري كما اتفق عليه وكما هو العرف يجعل مقابل الوفاء موجوداً عند القطع.
انظر تفصيلاً د. علي البارودي: عمليات البنوك ص ٣١٣.

صكوك أو سندات شحن أو فواتير بضاعة، فإن المودع لا يستطيع أن يسحب على هذا المقابل شيكاً حتى ولو كان مبلغ الشيك أقل بكثير من قيمة تلك الصكوك[1].

وأخيراً فإنه يلزم في الحق النقدي والمترصد للساحب بذمة البنك أن يكون قابلاً للتصرف فيه فوراً أي وقت إصدار الشيك، وهذا يستبعد المقابل المعلق على شرط، وما هو محل منازعة.

٤- أن يكون مقابل الوفاء مساوياً على الأقل لقيمة الشيك:

وهذا يعني أن مقابل الوفاء إذا كان أقل من المبلغ المعين في الشيك فمؤداه اعتبار هذا المقابل غير موجود، غير أن من حق المستفيد أن يطلب الوفاء الجزئي بحيث يكون له على المقابل الناقص كل الحقوق المقررة له على المقابل الكامل، فيتملكه ويكون من حقه استيفاؤه ولا يستطيع المسحوب عليه المعارضة في ذلك.

ويثور التساؤل حول ما إذا كان مقابل الوفاء مساوياً للمبلغ المعين في الشيك، وخصم البنك من رصيد الساحب مبلغاً جرى العرف المصرفي على خصمه. وهو مبلغ زهيد ينتج عنه أحياناً إنقاص قيمة المقابل بما يؤدي إلى إعادة الشيك مختوماً من البنك بعدم كفاية الرصيد.

ونحن نرى أن مثل هذا الإجراء لا يسأل الساحب عنه، ويتعين أن يتحمل البنك مسؤولية ذلك، لأن الساحب مطمئن إلى أن رصيد حسابه في البنك مائة دينار مثلاً وهو إذ يسحب شيكاً بهذا المبلغ لا يكون سوء النية متوفراً لديه لجهله أن البنك قد خصم دينارين تسمى عند بعض البنوك عمولة.

وأخيراً فإنه إذا استجمع مقابل الوفاء الشروط المذكورة آنفاً أصبح حامل الشيك مطمئناً إلى أنه سيستوفي حقه الثابت فيه.

---

(١) يستطيع البنك ان يدفع قيمة الشيك الذي لا يقابله رصيد وهو إذ يفعل ذلك يقدم خدمة للعميل بأنه يقدم له قرضاً يقيده في حسابه بالجانب المدين، وبهذه الحالة يكون قد دفع على المكشوف أي أن المؤونة لم تكن موجودة. انظر في هذا الموضوع د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك، المرجع السابق ص ٩٥.

ثانياً: جزاء عدم وجود مقابل الوفاء

يتطلب الحديث عن آثار عدم وجود مقابل وفاء الشيك التمييز بين نوعين من هذه الآثار:

النوع الأول: الآثار المدنية.

النوع الثاني: الآثار الجزائية.

وفي كل الأحوال فإن هذه الآثار يمكن الاصطلاح عليها بالجزاء المدني والجزاء الجنائي.

وفيما يتعلق بالجزاء المدني فقد أوجبت المادة ٢٣١ من قانون التجارة أن يكون للشيك رصيد (نقود) يمكن التصرف فيها بموجب الشيك. على أن هذا المقابل ليس شرطاً لصحة الشيك، ذلك لأنه لا يترتب على تخلفه بطلان الشيك إذ لا بطلان بدون نص. ومن جهة ثانية احتفظ القانون لحامل الشيك، بحق الرجوع على الموقعين.

ويمكن القول أن قانون التجارة الأردني لم يعالج مسألة الجزاء المدني فيما يتعلق بالشيك الذي انعدم فيه مقابل الوفاء أو الذي كان مقابله ناقصاً.

وهذا ما فعلته معظم التشريعات كالسوري واللبناني والمصري والقانون الموحد، مما جعل مسألة الجزاء المدني للشيك الذي انعدم فيه مقابل الوفاء والشيك الذي مقابله ناقصاً، مجالاً للاجتهاد.

ونخلص من ذلك إلى أن تخلف المقابل أو عدم كفايته يترتب عليه الجزاء الجنائي، ويتقرر هذا الجزاء بثبوت جريمة إصدار شيك بدون رصيد، أو إذا أقدم الساحب على سحب الرصيد كله أو بعضه أو أصدر أمراً للمسحوب عليه بعدم الوفاء في غير الحالات المقررة قانوناً، وهذه الجريمة تتحقق بفرض توفر أركانها وهذه الأركان هي إصدار شيك، وانتفاء المقابل، وسوء النية، على أن ركن انتفاء المقابل يمكن أن يحل محله عدم كفاية المقابل، أو سحب المقابل كله أو بعضه، أو إعطاء الأمر للساحب بعدم الوفاء.

ويقول الأستاذ الدكتور علي جمال الدين عوض (أن الأفعال المكونة للجريمة هي عدم وجود رصيد ، ويستوي بعدم وجود رصيد عدم كفايته أو استرداده أو تجميده أو حبسه ومن ثم سوء النية).

وفي كل الأحوال فإننا نحيل في موضوع الجزاء الجنائي لسحب شيك لا يقابله رصيد إلى المؤلفات المتخصصة في القانون الجنائي، ونلفت النظر إلى نص المادة ٤٢١ من قانون العقوبات المعدل وهي التي تبحث في جزاء إعطاء شيك لا يقابله رصيد أو كان هذا الرصيد غير كاف أو تم سحبه كله أو بعضه.. إلخ.

المبحث الثاني
تـــداول الـــشيـــك

التداول هو نقل الشيك من حيازة المستفيد إلى غيره، ويعني نقل ملكية الحق الثابت فيه من المستفيد إلى مستفيد آخر، أو من المظهر إلى مظهر آخر.

وعملية الحصول على مقابل وفاء الشيك، تكون إما بتقديم الشيك من المستفيد إلى المسحوب عليه للوفاء، وإما أن يقوم هذا المستفيد بنقله إلى شخص آخر.

ولأن الشيك ذو أشكال مختلفة فإن طريقة تداوله تختلف باختلاف هذه الأشكال، كما لو كان اسمياً أو لأمر أو لحامله وفق ما نصت عليه المادة ٢٣٣ من قانون التجارة.

وهكذا فإن الشيك يصدر بأحد الأشكال التالية:

١- لشخص مسمى مع النص صراحة على شرط الأمر أو بدونه.

٢- لشخص مسمى مع ذكر شرط ليس لأمر.

٣- لحامل الشيك.

وعليه فإن الشيك الذي يصدر لشخص مسمى يكون قابلاً للانتقال بطريق التظهير سواء تضمن كلمة لأمر أم لم يتضمنها، وعلى عكس ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٣٣ من قانون التجارة بأن الشيك الذي يصدر لشخص مسمى ويتضمن عبارة ليس لأمر يعني أنه غير قابل للانتقال بطريق التظهير.

والشكل الثاني للشيك فهو الذي يصدر لشخص مسمى مع ذكر شرط ليس لأمر وهذا الشيك ينطوي على ضمانة كبيرة تمنع الوفاء به لغير هذا الشخص في حالة ضياعه أو سرقته، لأن تظهيره على سبيل نقل ملكيته غير جائز، ويجوز تظهيره لغايات التوكيل بتحصيل قيمته.

أما الشكل الثالث فهو الشيك لحامله، والحامل هو المستفيد من هذا الشيك ويصل إليه بطريق المناولة (التسليم) دون حاجة إلى تظهيره، إذ هو من قبيل المال المنقول

الذي تحكمه قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية (أي أن الحيازة قرينة على ملكية حامل الشيك).

ومن مخاطر هذا الشكل للشيك أن ضماناته أقل من ضمانات الشكلين السابقين لأن الحامل في هذا الشكل لا يستطيع الرجوع لعدم الوفاء إلا على ساحب الشيك، ذلك لأن الحملة السابقين لم يوقعوا على هذا الشيك حتى يلتزموا بما ينتج عن هذا التوقيع[1].

وأنواع التظهير في الشيك هي التظهير الناقل للملكية على نحو ما شرحناه عند حديثنا عن سند السحب، ويكون هذا التظهير صحيحاً إذا ورد على الشيك لأمر والشيك لحامله. وأما الشيك الاسمي وهو ما اشترط فيه الساحب أداءه إلى شخص مسمى وليس لأمر فلا تنتقل ملكيته إلا بطريق الحوالة المدنية[2].

وهناك التظهير التوكيلي: وهو جائز كذلك على شكلي الشيك الأول والثاني وغير جائز على الشيك الذي اشترط الساحب فيه أن يدفع لشخص مسمى لا لغيره، وعليه إذا صدر الشيك لأمر أو لحامله فإن نقل الحق الثابت به يتم بطريق التظهير وبهذا التظهير تنتقل ملكية الحق الثابت بالشيك إلى المظهر بضمان الوفاء بمبلغ الشيك متضامناً مع غيره من الموقعين، وتنطبق على التظهير قاعدة تظهير الدفوع[3].

كما أن هذا الشيك يجوز تظهيره توكيلياً، وهو ما يجري عليه العرف على نطاق واسع، عندما مكنت البنوك حملة الشيكات لأمر أو للحامل من وضع هذه

---

(1) انظر ف ذلك د. عبد الحي حجازي: سندات الائتمان المصرفية. القسم العام. ط ١٩٥٧ بند ٨٧. د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٧٥. د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ١٦٥ ويقول بشأن الشيك لحامله " ويلاحظ ايضاً أن انتقال الشيك يجوز أن يحصل بطريق الإرث أو الوصية أي الوارث أو الموصى له " ويكون لهذا الأخير على الشيك ما كان للمورث أو الموصي من حقوق، فيجوز له قبض قيمته كما يجوز له (برأينا) تظهيره إلى الغير بعد بيان صفته في صيغة التظهير ".

(2) انظر نص المادة ٢/٢٣٩ من قانون التجارة وراجع عبد المعين جمعة: المرجع السابق ص ٥٤٠. د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٧٩. د. سميحة القليوبي: المرجع السابق ص ٣٠٩. د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٥٠٣ وما بعدها.

(3) لا يضمن المظهر وفاء الشيك إذا اشترط ذلك، هذا ما نصت عليه المادة ١٤٥ من قانون التجارة التي أحال عليها نص المادة ٢٤١ من ذات القانون.

الشيكات في حساباتهم برسم التحصيل وهذا يعني أن حامل الشيك يظهره إلى البنك توكيلياً ويفوضه فيه مراجعة المسحوب عليه واستيفاء قيمته وقيدها في حسابه[1].

وجرى العرف على أن الشيكات برسم التحصيل والمظهره توكيلياً يجري قيدها في حساب المظهر تحت شرط ـ معلق ـ بما يعني أن القيمة لم تحصل، فإذا تم الوفاء بالشيك قيد البنك قيمته بالجانب الدائن للمظهر وألغى الشرط، أما إذا لم يتم تحصيل قيمة الشيك المظهر توكيلياً فلا يقوم البنك في الغالب بأي إجراء سوى إعادة الشيك إلى المظهر، وإشعاره أن المسحوب عليه لم يدفع قيمة هذا الشيك.

أما آثار التظهير الناقل للملكية والتوكيلي فيترتب عليه ما يترتب على تظهير سند السحب، وفيما يتعلق بآثار التظهير الناقل للملكية فأهمها نقل ملكية الشيك، وتضامن الملتزمين الموقعين عليه وتظهير الدفوع[2].

على أنه إذا كان الشيك مدنياً فلا تضامن بين الموقعين عليه إلا بالاتفاق أو بنص القانون، ولا تنطبق كذلك قاعدة تطهير الدفوع لأنها قاعدة خاصة بالأوراق التجارية[3].

وبما أن قانون التجارة حدد في المادة ١٢٣ أربعة أنواع للأوراق التجارية على سبيل المثال وذكر منها الشيك – فإنه يكون بذلك ورقة تجارية بموجب النص.

---

(١) راجع عبد المعين جمعة: المرجع السابق ص ٥٠٥، وانظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٨٠ هامش (١) حيث يقول " الغالب أن البنك المظهر له على سبيل التوكيل لا ينتظر تحصيل قيمة الشيك، بل يقيد هذه القيمة في حساب العميل، فإذا لم يتم التحصيل، قام البنك بقيد القيمة على سبيل المقاصة في الجانب المدين في حساب المظهر أو طالبه بدفع قيمة الشيك ".

(٢) مع ملاحظة إذا كان الشيك ذا صفة تجارية أو مدنية.

(٣) انظر ذلك د. علي جمال الدين عوض: الوجيز، المرجع السابق ص ٣٦٨.

وانظر تفصيلاً في هذه النقطة د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٥١٣.

المبحث الثالث
انقضاء الشيك

تحدثنا في المبحثين السابقين عن إنشاء الشيك وتداوله، ونتحدث في هذا الفصل عن ثمرة إصداره[1] ونتائج طرحه في التداول، والمراحل التي يمر فيها ابتداء من هذا الإصدار وحتى انقضائه.

وانقضاء الشيك كورقة تجارية يعني انقضاء الالتزام الذي كان سبب إنشائه، وهذا الالتزام ينقضي بأسباب انقضاء الأوراق التجارية وهي الوفاء والسقوط والتقادم[2].

ولأن الحالتين الأخيرتين سيتم مناقشتهما في الفصل الخاص بالسقوط والتقادم الذي سيرد الحديث عنه في الباب الأخير من هذا المؤلف فلا نكرره ونحيل إليه.

أما موضوع الشيك من حيث تقديمه للوفاء وانقضاء الالتزام الناشئ عنه فسيكون محور حديثنا في البنود التالية، وسنتطرق إلى موضوعات أخرى في سياق الحديث بالقدر الذي يكون لازماً لفهم أو تعليل أي حكم يتعلق بانقضاء الالتزام بالشيك، وسنتناول هذا الموضوع في بنود ثلاثة نخصص الأول لمناقشة تقديم الشيك والوفاء به ونخصص الثاني لبحث ضمانات الوفاء بالشيك بينما سنتطرق في البند الثالث إلى الامتناع عن الوفاء بالشيك وآثار هذا الامتناع.

وعلى ذلك فإن حق المستفيد على المقابل (الرصيد) يتقرر بنتيجة التصرف الإرادي الذي سلكه الساحب وانتهى بإصدار الشيك لصالحه، على نحو يتقرر بموجبه حق المستفيد في مواجهة الساحب، وأساس ذلك مرده تملك المستفيد للرصيد الموجود لدى المسحوب عليه، وهو كما ذكرنا في موضع سابق جاء نتيجة استقرار العرف التجاري المصري في الذي تقرر فيه أن ملكية مقابل الوفاء (الرصيد) تنتقل إلى المستفيد، ونادى

---

(١) يختلف إنشاء الشيك عن إصداره، وإنشاء الشيك يعني تحريره اي كتابته، اما إصداره فيعني إطلاقه في التداول ويبدأ بتسليمه للمستفيد. راجع في ذلك د. علي جمال الدين عوض: انقضاء الشيك في القانون الكويتي واتفاقية جنيف، مجلة القانون والاقتصاد العددان الأول والثاني السنة ٤٥ عام ١٩٧٥ ص ١٠٣ وما بعدها.

(٢) راجع د. امين محمد بدر: المرجع السابق ص ٥٢٢.

معظم الفقه بأن لحامل الشيك حقاً مانعاً على مقابل الوفاء، بما يعني أن ملكية هذا المقابل تنتقل إلى الحامل وهو أساس حقه في الشيك.

ونرى أن من الضروري التمييز بين المستفيد الأول والمظهر إليه في أساس حق كل منهما، وهذا الحق المتعلق بالمستفيد جاء نتيجة التصرف الذي صدر عنه والتصرف الذي صدر عن الساحب وانتهى التصرفان إلى نتيجة إصدار الشيك، أما أساس حق الحامل (المظهر إليه) فيقوم على أساس التصرف الذي صدر على المستفيد والتصرف الذي صدر عن المظهر إليه وانتهى إلى نقله إلى الأخير.

وتجدر الملاحظة أن الفرق في أساس حق كل منهما يظهر في آثار هذه التصرفات، لأن هذه الآثار تختلف فيما يتعلق بأساس حق المستفيد الأول عن أساس حق المظهر إليه، فيما يتعلق بالتظهير والمناولة وحوالة الحق، ذلك أن حامل الشيك بموجب حوالة الحق لا يكسب إلا ما يرتبه القانون المدني دون الآثار الخاصة بالتداول بالطرق التجارية وأيضاً فإنه لا يكسب كل الحق الذي كان للمستفيد الأول أو المظهر بسبب قاعدة عدم جواز الاحتجاج بالدفوع وتطهير هذه الدفوع والاستثناءات التي ذكرناها في مواضع سابقة.

البند الأول: الوفاء بالشيك

الوفاء عملية قانونية ذات طرفين يشكلان أحد عناصرها المشتملة على مكان الأداء وزمانه ومحله. وتحدثنا فيما سبق عن بعض هذه العناصر ولا بد من الحديث عن البعض الآخر مثل طرفي الوفاء ومكانه ومحله، ولكي يكون هذا الحديث متكاملاً آثرنا أن نناقش في هذا الموضع شروط صحة الوفاء والمعارضة فيه وإثباته وأخيراً مسؤولية البنك عن الوفاء.

أولاً: طرفا عملية الوفاء بالشيك

الدائن والمدين هما طرفا عملية الوفاء، والدائن هو حامل الشيك وصاحب الحق فيه، وهو الذي يتقدم إلى البنك طالباً الوفاء، ويكون التقدم بنفسه أو بواسطة وكيل

عنه[1] أما المدين فهو المسحوب عليه وهو من يتقدم إليه الحامل طالباً الوفاء، وليس لهذا الحامل الرجوع على الساحب أو المظهرين أو الضامنين الاحتياطيين إلا إذا رفض المسحوب عليه الوفاء[2].

هذا وناقشنا فيما سبق أساس التزام المسحوب عليه في مواجهة الحامل الشرعي، وقلنا أنه الاتفاق الذي أبرمه العميل مع البنك، ونحيل ذلك إلى ما سبق.

ثانياً: مكان الوفاء

هو المكان المحدد لغرض الوفاء، وهو مكان الأداء وأحد البيانات الإلزامية التي نصت عليها المادة ٢٢٨ من قانون التجارة، وهذا المكان هو المدون في الشيك، وإذا أغفل فيكون المكان الذي يذكر بجانب اسم المسحوب عليه، وإلا فيكون مكان الأداء أول محل مبين فيه إذا ورد فيه عدة أمكنة[3].

ثالثاً: محل الوفاء "موضوعه"

وهو أحد البيانات الإلزامية التي إذا أغفل ذكرها فقد الشيك صفته، بل واعتبر كأن لم يكن، بمعنى زوال كل أثر قانوني يترتب عليه كشيك. ومحل الوفاء كما بيناه في موضع سابق مبلغ من النقود، ومن صفاته أن يكون معيناً، بحيث يخول الحامل أن يطلب الوفاء به بذاته ومقداره. على أنه لا يجبر هذا الحامل على قبول وفاء غير ما ورد ذكره في الشيك ولو كان مساوياً له أو أكثر منه في القيمة.

ويشتمل تعين محل الوفاء نوع العملة التي اشترط الوفاء بها، بحيث لا يجبر الحامل على قبول الوفاء بغير نوع العملة التي ذكرت في الشيك إلا في حالات حددها القانون، وهي إذا كانت العملة غير متداولة في المملكة، وفي هذا يجوز أن يتم الوفاء بالعملة الأردنية حسب سعرها يوم الوفاء، إلا إذا لم يتم الوفاء يوم التقديم، فيكون

(١) يجوز أن يضع العميل الشيك في حسابه لدى أحد البنوك، ويقوم هذا البنك بتحصيل القيمة وقيدها لحساب عميله، وتتم هذه العملية على أساس الوكالة، فالعميل الموكل والبنك الوكيل.

(٢) انظر د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٧٩.

(٣) انظر د. سميحة القليوبي: المرجع السابق ص ٢٨١.

للحامل الخيار بين المطالبة بقيمة الشيك على أساس سعر العملة يوم الوفاء أو يوم التقديم[1].

رابعاً: شروط صحة الوفاء

يجب أن يرد الوفاء على ذات محل الالتزام حتى يكون هذا الوفاء مبرئاً لذمة المسحوب عليه، وهذه هي القاعدة العامة، وعليه فإن الوفاء يجب أن يتم بالنقود المبينة في الشيك نوعاً وكماً، ومن حيث النوع فإنه إذا كان المبلغ بالعملة الأردنية وجب الوفاء بهذا النوع وإذا كانت غير ذلك وجب الوفاء بهذا النوع[2] إلا أنه إذا كانت العملة غير متداولة في الأردن فلا يجبر المسحوب عليه على الوفاء بهذا النوع غير المتداول، ويعتبر الوفاء بالعملة الأردنية مبرئاً وفق ما نصت عليه المادة ١/٢٥٤ من قانون التجارة.

ويشترط لصحة الوفاء أن يرد على المبلغ المحدد في الشيك بتمامه، ومع ذلك، إذا عرض المسحوب عليه الوفاء الجزئي فليس للحامل رفض ذلك. وهذا ما سعى إليه المشرع بقصد التخفيف عن المدينين الضامنين الذين اعتبرهم القانون متضامنين بالوفاء في الشيك[3].

ويمكن إجمال شروط صحة الوفاء بالشيك بما يلي:

أ- أن يتم الوفاء بالاستناد إلى شيك صحيح.

ب- أن يتم الوفاء بالمبلغ المعين في الشيك، كماً ونوعاً.

ج- أن يتم الوفاء للحامل الشرعي.

د- أن يتم الوفاء دون معارضة من أحد.

وتجدر الملاحظة أن الوفاء إذا تم دون معارضة من أحد فإنه يعد صحيحاً إلا إذا كان الشيك مزوراً أو محرفاً، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٥٣ من قانون التجارة بأن "

---

(١) انظر نص المادة ٢٥٤ من قانون التجارة.

(٢) يقابل النص في قانون التجارة. المادة ٥٤٠ من قانون التجارة السوري. وقارن ذلك مع المادة ٤٣٢ من قانون التجارة اللبناني والمادة ١٦١ من قانون التجارة العراقي ونصت على: أن يكون الوفاء بالعملة العراقية للشيك الواجب الوفاء بالعراق حتى ولو اشترط الوفاء بعملة اجنبية.

(٣) راجع د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٤٧١ ، ٥٢٨.

من يوفي قيمة شيك بغير معارضة من أحد يعد وفاؤه صحيحاً وذلك مع عدم الإخلال بحكم المادة ٢٧٠ " أما نص المادة ٢٧٠ فإنه استثنى حالتي تزوير الشيك أو تحريفه.

وأنه إذا كان القانون قد اعتبر مثل هذا الوفاء صحيحاً لأن النص المشار إليه أقام قرينة الوفاء على ذلك، إلا أن هذه القرينة القانونية تعد من القرائن البسيطة ويجوز إثبات عكسها بحيث إذا ثبت إهمال المسحوب عليه أو عدم تبصره كأن يقوم بالدفع دون التأكد من صحة التوقيع على الشيك أو دون مطابقته سقطت قرينة الوفاء، وأصبح المسحوب عليه مسؤولاً عن الوفاء[1].

ومن جهة ثانية فإن الساحب لا يستطيع معارضة المسحوب عليه في الوفاء إلا في حالتي ضياع الشيك أو إفلاس حامله، وهو ما نصت عليه المادة ٢/٢٤٩ بأنه " ولا تقبل معارضة الساحب على وفائه إلا في حالة ضياعه أو تفليس حامله[2] " وهذه القاعدة تعد إحدى دعائم الشيك، وتقررت تمكيناً له من أداء وظيفته وتأكيداً لحق حامله. وأنه بغير الحالتين المشار إليهما - الضياع وإفلاس الحامل - لا يجوز الاعتراض على الوفاء حتى لو ادعى المعترض بطلان الدين الأصلي، ومع ذلك أصبحت المعارضة في الوفاء جائزة في كل الحالات وفق ما جرى تفسيره من قبل ديوان تفسير القوانين رقم ٤ لسنة ١٩٩٠.

وليس للساحب الحجز على الشيك، لأن ذلك بمثابة الاعتراض على الوفاء، ولا يحول إفلاس الساحب أو فقدانه أهليته أو وفاته دون الوفاء للحامل. هذا وإذا كان القانون قد قرر في المادة ٢٤٩ أن الساحب يجوز له المعارضة في الوفاء في حالتين سبقت الإشارة إليهما، فهذا النص لا يمنع حامل الشيك من المعارضة في وفائه إذا ضاع منه وحازه غيره. وأساس ذلك، أن الوفاء في هذه الحالة لا يكون مبرئاً لأنه تم لغير الحامل الشرعي[3].

---

(١) انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٨٥.

(٢) انظر ما يقابل هذا النص المادة ٤٢٨ من قانون التجارة اللبناني والمادة ٢/٥٣٥ من قانون التجارة السوري. وقارن مع نص المادة ٢/١٥٨ من قانون التجارة العراقي الذي ورد مختلفاً على النحو التالي " لا تقبل المعارضة في اداء الشيك إلا في حالة ضياعه او الحكم على حامله بالإعسار ". وتجدر الملاحظة ان الإعسار يشمل كل شخص سواء اكان تاجراً أم غير تاجر أما الإفلاس فهو نظام يلحق التاجر فقط.

(٣) انظر مصطفى كما طه: المرجع السابق ص ٢٨٦.

أما بشأن إثبات الوفاء وآثاره. فإنه إذا حصل خلاف حول الوفاء فإن البنك يتذرع دائماً بأنه تسلم الشيك من حامله بما يدل على أن الوفاء تم وإلا لما تنازل الحامل عن حيازته، ورغم ذلك فإن تسليم الشيك للبنك يعد قرينة على الوفاء وتقبل إثبات العكس. أما إذا دون على ظهر الشيك أو صدره أن الحامل قبض قيمته "أي تم التأشير عليه بالوفاء" فإن ذلك يعد وفاء وبصورة قاطعة لأنه إذا أبرز الشيك موقعاً عليه من الحامل بما يفيد قبض قيمته تبرأ ذمة المسحوب عليه وذمة جميع الملتزمين وينقضي الشيك.

خامساً: الوفاء في حالة ضياع الشيك

تطبق الأحكام الخاصة بسند السحب المتعلقة بالوفاء بقيمته حال ضياعه على الشيك، ومفاد ذلك أنه إذا تجرد مالك الشيك من حيازته بغير إرادته سواء أكان بالضياع أو السرقة أو أي سبب آخر فتطبق أحكام المواد ١٧٥، ١٧٧، ١٧٨، ١٧٩، ١٨٠ المتعلقة بسند السحب والتي أحالت إليها المادة (٢٥٥) من قانون التجارة. ويستثنى من ذلك الشيك المشروط دفعه إلى شخص مسمى والمدونة فيه عبارة ليس لأمر، لأن هذا الشيك يخضع لأحكام حوالة الحق في القانون المدني. وبما أننا ناقشنا الأحكام الواردة في المواد ١٧٥ ـ ١٨٠ من قانون التجارة المتعلقة بسند السحب في موضع سابق من هذه الدراسة لذلك نكتفي بالإحالة إليها[1].

سادساً: مسؤولية البنك المسحوب عليه

يثور النقاش في هذه المسؤولية في حالة الوفاء بقيمة الشيك المسروق أو المزور، ففي الحالة الأولى تتحقق مسؤولية البنك إذا دفع القيمة إلى غير حامل الشيك الشرعي، وفي الحالة الثانية تتحقق هذه المسؤولية تجاه البنك إذا دفع قيمة شيك مزور، ومثال ذلك إذا أقدم أحد الأشخاص على سرقة دفتر شيكات من صاحبه، ووقعه مقلداً توقيع صاحب الشيك، وقدمه للبنك فقام الأخير بالوفاء، فإنه يتحمل مسؤولية الوفاء مهما

---

(١) انظر الباب الثاني من هذا المؤلف.

بلغت درجة إتقان التزوير طالما لم يكن بالإمكان نسبة الخطأ إلى الساحب[1] أما القواعد المتبعة في تحديد مسؤولية البنك فتتقرر في ضوء ما يلي:

أ- إذ تم الوفاء إلى الحامل الشرعي.

ب- إذا تم الوفاء وكان أساسه أن الشيك صحيح بمعنى أن يكون موقعاً من الساحب نفسه.

ج- إذا تم الوفاء دون معارضة من أحد.

د- اذا تم الوفاء بقيمة الشيك كماً ونوعاً.

فإذا تحققت هذه الفروض يبرأ البنك ويبرأ المسئولون عن الوفاء وينقضي الشيك.

ولأن هذه الفروض الثلاثة قد نوقشت في مواضع سابقة فلا نناقشها ثانية ونحيل إليها في مواضعها.

أما بخصوص صحة الشيك، فنوضح ذلك بشيء من التفصيل حيث إن التوقيع المزور يجعل الشيك غير صحيح ويفقده صفته كشيك، وتنشأ مسؤولية البنك المسحوب عليه عن وفاء شيكات غير صحيحة في الشكل كما لو كانت مزورة، وتتحقق هذه المسؤولية من حيث المبدأ إذا قام البنك بالوفاء لحامل شيك مزور التوقيع، لأنه لا يصح إلزام الساحب بوفاء شيك غير صادر عنه[2] ومع ذلك يجوز للمسحوب عليه أن يثبت قيام الخطأ من جانب العميل، كإهماله في المحافظة على دفتر الشيكات مما سهل أمر سرقته، وبهذا يتخلص من مسؤولية الوفاء.

وهكذا فإن مسؤولية البنك تتحقق إذا وقع التزوير في الشيك عند إنشائه أي قبل تداوله، أما إذا وقع التزوير بعد تداوله بمعنى أنه صدر صحيحاً عن الساحب إلا أنه بعد انتقاله إلى المستفيد وجرى تداوله سرق أو فقد وقام السارق أو من وقع بيده بتزويره على نحو زاد المبلغ المثبت فيه، ففي هذه الحالة لا تترتب على البنك المسحوب عليه أية مسؤولية إذا أوفى القيمة لحامله، ومع ذلك فإن لصاحب الحق إقامة الدليل على وقع

---

(١) انظر نص المادة (٢٧٠) من قانون التجارة وتنص على أنه "يتحمل المسحوب عليه وحده الضرر المترتب على شيك مزور او محرف إذا لم يكن نسبة أي خطأ إلى الساحب المبين اسمه في الصك". راجع د. سميحة القليوبي: المرجع السابق ص٣١٨. وقارن د. أدوار عيد: المرجع السابق ص ٢٩٨.

(٢) راجع د. أدوار عيد: المرجع السابق ص ٢٩٩.

الخطأ من جانب المسحوب عليه، كما لو كان في الشيك شطب أو حك أو محو أو تحريف ظاهر.

وأخيراً فإن المسؤولية الناشئة عن الوفاء بقيمة الشيك تقوم أساساً على الخطأ، وهو يصدر إما عن المسحوب عليه فيتحملها، وإما عن غيره كما لو جرى التزوير بعد إصدار الشيك وتداوله فلا تتقرر بمواجهته وفي الحالة الأولى التي تتقرر فيها المسؤولية على المسحوب عليه فإنه يمكن إثبات الخطأ من جانب الساحب لتبرأ على أساسه ذمة المسحوب عليه، وفي الحالة الثانية التي تتقرر فيها المسؤولية على غير المسحوب عليه، فلصاحب المصلحة أن يثبت قيام الخطأ من جانب المسحوب عليه[1].

ولعل مسؤولية البنك تتحقق في **الحالة الأولى** كأصل عام، ويرد الاستثناء بإثبات وقوع الخطأ من جانب الساحب.

أما في **الحالة الثانية**، فإن الأصل انتفاء المسؤولية عن البنك إلا إذا ثبت خطأه وفي ذلك قضت محكمة النقض المصرية بقولها:

" لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى ثبوت خطأ الطاعن مشتملاً في إخلاله بواجب المحافظة على مجموعة الشيكات المسلمة له من البنك، فتمكن مجهول من الحصول على واحد منها وتزويره وصرف قيمته، فإنه يكون قد اثبت الخطأ في جانب الطاعن وبين علاقة السببية بينه وبين الضرر الذي وقع، وخلص من ذلك إلى إلزام كل من الطاعنة والمطعون ضده بنصف قيمة الشيك موضوع النزاع في حدود ما حصله من وجود خطأ مشترك بين الطاعن والمطعون ضده، فإن النعي عليه بالخطأ في تطبيق القانون بمقولة انعدام رابطة السببية بين ما ارتكبه الطاعن من خطأ وبين الضرر الواقع فعلاً متمثلاً في صرف قيمة الشيك لمن زور إمضاء الطاعن يكون نعياً غير سديد"[2].

---

(1) انظر في ذلك نقض مصري رقم ٥٤/١١٣٢ تاريخ ١٩٨٥/٦/١٠ وقضت محكمة النقض بأن " وفاء البنك بقيمة شيك مذيل بتوقيع مزور على الساحب، وفاء غير مبرئ لذمة البنك ولو تم يعتبر خطأ منه " وانظر أيضاً نقض مصري رقم ٤٩/٤٣٠ تاريخ ١٩٨٤/٦/١١. مشار إليه في د. سميحة القليوبي: المرجع السابق ص ٢١٨ هامش رقم ١.

(2) انظر نقض مصري رقم ٤٣/٣٩٣ تاريخ ١٩٧٧/٣/٧ السنة ٢٨ ق ص ٦١٩. وراجع نقض مصري رقم ٤٣/٤١٢. ونقض مصري ٥٤/١١٣٢ تاريخ ١٩٨٥/٦/١٠. مشار إليه في د. سميحة القليوبي: المرجع السابق ص ٣١٩.

وخلاصة ما تقدم فإن البنك يقوم بالاحتياطات اللازمة لضمان عدم الرجوع عليه بالوفاء مرة ثانية، وهذه الاحتياطات يتحقق منها قبل أن يدفع قيمة الشيك المقدم له، وهي:

أ- أن لا يتم الدفع إلا لشخص ذي أهلية وله سلطة التوقيع لتقاضي قيمة الشيك.

ب- أن لا يتم الدفع قبل التأكد من أن الشيك يشتمل على البيانات الإلزامية التي نص عليها القانون.

ج- أن لا يتم الدفع قبل قيام الموظف المختص بمطابقة توقيع الساحب على نموذج التوقيع المحفوظ لديه والتأكد أن التوقيع على الشيك هو توقيع الساحب.

د- أن لا يتم الدفع إذا كان هناك معارضة من جانب شخص له مصلحة.

هـ- أن لا يتم الدفع قبل التحقق من تسلسل التظهيرات على الشيك المحرر للأمر.

و- أن لا يتم الدفع قبل التأكد من وجود مقابل وفاء (رصيد يكفي للوفاء بقيمة الشيك).

البند الثاني: ضمانات الوفاء بالشيك

إن أهم ضمانات الوفاء بالشيك هو المقابل الذي يتوافر لدى المسحوب عليه عند إصدار هذا الشيك، ذلك لأن الأصل أن لا يقدم الساحب على إصداره ما لم يكن له رصيد كاف للوفاء به، وهو ما يؤكد حق حامله في الحصول على قيمته بمجرد تقديمه، ويزيد من ثقته واطمئنانه على هذا الحق[1].

أما الضمان الثاني للوفاء بقيمة الشيك فنصت عليه المادة (١٨٥) من قانون التجارة والتي أحال إليها نص المادة (٢٦٢) من ذات القانون، وبموجب هذا النص اعتبر القانون أن جميع الموقعين على الشيك مسؤولون بالتضامن عن الوفاء بقيمته، وبهذا يعتبر

(١) انظر نص المادة ١/٢٣١ من قانون التجارة. " لا يجوز إصدار شيك ما لم يكن للساحب لدى المسحوب عليه في وقت إنشائه نقود يستطيع التصرف فيها بموجب شيك طبقاً لاتفاق صريح أو ضمني بينهما ".

التضامن تدعيماً لثقة الحامل والاطمئنان إلى الوفاء به، وخاصة عندما يتم تداوله عن طريق التظهير، ويتزايد عدد الذين انتقل إليهم والموقعين عليه.

والضمان الثالث كما أقره قانون التجارة فهو الضمان الاحتياطي الذي ورد النص بشأنه في المادتين ١٦١، ١٦٣ والمحال إليه بموجب نص المادة (٢٤٤)، وبموجب هذه النصوص فإنه يجوز لحامل الشيك أن يطلب كفيلاً يتعهد وفاء قيمة الشيك عند امتناع المسحوب عليه وأطلق على هذه العملية "الضمان الاحتياطي" وبموجبه إذا تقدم الحامل إلى المسحوب عليه طالباً وفاء قيمة الشيك الذي يحمله، فامتنع الأخير عن الوفاء كان للحامل الرجوع على هذا الضامن بالإضافة إلى الموقعين الملتزمين بالشيك كضامنين متضامنين. والضمان الرابع هو حق حامل الشيك في حجز منقولات الملتزمين والموقعين بالإضافة إلى حقه في الرجوع عليهم. ونصت المادة (١٩٨) من قانون التجارة على كيفية الحجز وشروطه وقررت أن يتم ذلك بإذن المحكمة المختصة وأن يتبع في ذلك الإجراءات المقررة في قانون أصول المحاكمات المدنية[1].

ولما كنا ناقشنا هذه الضمانات عند دراستنا سند السحب في الباب الأول، فلا داعي لتكرار الحديث عنها ونحيل إليها في المواضع التي وردت فيها في ذلك الباب.

وتجدر الإشارة إلى أننا أوضحنا فيما سبق أن حق الحامل مضمون بعدة ضمانات بعضها ورد النص بشأنه في قانون التجارة، والبعض الآخر يعتبر ضمانات اتفاقية.

وبشأن الضمانات القانونية، فهي حق الحامل على مقابل الوفاء وهذا الحق مانع يمكنه من الاستيلاء عليه في حالات معينة كإفلاس الساحب[2]. والضمان الثاني هو التضامن الذي أقره القانون بما يفيد أن جميع المدينين مسؤولون مسؤولية تضامنية عن الوفاء وكذلك الضمان الاحتياطي الذي يعتبر كفالة يضاف من تعهدها إلى قائمة الضامنين وأيضاً الحجز على المنقولات.

---

(١) احال نص المادة ٢٧٤ من قانون التجارة ما يتعلق بحجز المنقولات كضمان إلى المادة ١٩٨ الواردة في باب سند السحب.

(٢) انظر د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ١٦٠، ٥٢٠ ويقول في ذلك "لما كان الساحب يتجرد من ملكية مقابل الوفاء نتيجة سحب الكمبيالة وتسليمها إلى المستفيد، فإن هذا المقابل يخرج من ذمته ليدخل في ذمة الحامل. وعلى ذلك إذا افلس الساحب بعد ذلك بقي المقابل ملكاً للحامل، وامتنع على دائني المفلس مزاحمة الحامل" وأوضح هذا الفقيه الحالة التي ينفرد بها الحامل بملكية مقابل الوفاء عند إفلاس المسحوب عليه، وهذه الحالة التي يكون فيها مقابل الوفاء بضائع او اعيان او أوراق ذوات قيمة، وهذه يجوز للحامل استردادها.

أما بشأن الضمانات الاتفاقية فهي التأمينات العينية التي يضعها الساحب أو الملتزم ضماناً للوفاء بقيمة الشيك، كالرهن.

وعليه فإن سائر الضمانات المقررة للوفاء بسند السحب تعتبر ضمانات للوفاء بالشيك ويعتبر الحامل صاحب حق مانع على المقابل[1]. وأن جميعها ضمانات قانونية لأنه ورد النص عليها في المواد ٢٣٧، ٢٣١[2].

البند الثالث: الامتناع عن الوفاء

إذا لم يستطع حامل الشك أن يتقاضى مقابله لدى مراجعة البنك المسحوب عليه لأي سبب من الأسباب فله أن يرجع على الموقعين لمطالبتهم بالوفاء.

وأسباب امتناع المسحوب عليه تبدو متعددة، منها عجزه عن الوفاء بسبب الإفلاس، وعدم وجود مقابل (رصيد)، المعارضة في الوفاء أو وجود اشتباه لديه أن بعض البيانات مزورة أو محرفة، أو أن هناك عيوباً تثير الريبة في صحة الشيك.

لهذه الأسباب وغيرها جرت عادة البنوك أن ترد الشيك لحامله، وتعلل هذا الرد بشرح يبين سبب عدم الوفاء وهو الوسيلة الوحيدة لإثبات تاريخ التقديم وبالتالي تاريخ امتناع المسحوب عليه عن الوفاء[3].

لذلك فإن لحامل الشيك أن يرجع على الموقعين سواء منهم المدين الأصلي كالساحب أو الملتزمين الآخرين كالمظهرين والضامنين، وهو بهذا الرجوع يستعمل الضمان المقرر له وفق أحكام قانون التجارة.

---

(١) انظر نص المادة ١/٢٣٢ من قانون التجارة " لا قبول في الشيك وإذا كتبت على الشيك عبارة القبول عدت كأن لم تكن".

(٢) انظر نص المادة ٢/٢٣٢ من قانون التجارة.

(٣) انظر د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٨٥.

جرت العادة أن تدون عبارة " مراجعة الساحب " عند عدم وجود رصيد أو عدم كفايته، وكان ذلك من قبيل اللياقة، وتغير الوضع مؤخراً بحيث أصبحت البنوك تعيد الشيك للحامل بمشروحات تتضمن سبب امتناعها عن الوفاء، كان يدون (يعاد لمراجعة الساحب لعدم وجود رصيد). أو (لعدم وجود حساب) أو (لعدم كفاية الرصيد) او (اختلاف التوقيع). ولعل العرف المصري قد درج على بيان سبب امتناع البنك عن الوفاء وهذا افضل خاصة وان المعلومات التي تدون على الشيك تعتبر وسيلة للإثبات.

وحتى يستطيع ذلك يجب أن يتقدم بالشيك إلى البنك المسحوب عليه وفق المواعيد المنصوص عليها في المادة ٢٤٦ من قانون التجارة التي حددت بثلاثين يوماً إذا كان الشيك مسحوباً في المملكة الأردنية وواجب الوفاء بها، ستين يوماً إذا كانت جهة إصداره أوروبية أو أي بلد على شاطئ البحر المتوسط، وتسعين يوماً إذا كانت جهة إصداره في غير البلاد المتقدمة[1].

أما الأسباب التي تبرر للبنك رد الشيك إلى حامله فنناقشها باعتبارها استثناء من الأصل، لأن الأصل أن يتم الوفاء بالشيك فور عرضه على البنك، والاستثناء وجود موانع الوفاء التي تؤدي إلى رجوع كل شخص استوفى حقه عن طريق قبول الشيك بالتظهير على مدينه الذي ظهره له ليطالبه وفاء حقه نقداً نظير رد الشيك إليه.

وهذا يعني، أن يرجع الساحب على البنك المسحوب عليه يطالبه بالأضرار التي لحقت سمعته وأضرت بمصالحه، وأن يرجع حامل الشيك على الموقعين والساحب، وأن يرجع أي من هؤلاء على من نقل إليه الشيك.

وهكذا فإن الأسباب التي تحول دون الوفاء بالشيك هي:

١- نقص أهلية الساحب أو عيب رضاه.
٢- السبب الطارئ على الساحب إذا حصل قبل إصدار الشيك.
٣- الدفوع التي يمكن الاحتجاج بها على الحامل.
٤- حجز مقابل الوفاء.
٥- المعارضة في الوفاء.

وفيما يتعلق بالسبب الأخير فأنه لا تجوز المعارضة في الوفاء إلا من ذوي الشأن وأنه إذا تقدم غيرهم فلا يقبل منهم، وهذا ما قضت به محكمة النقض الفرنسية في قضية نظرتها وكانت وقائعها تتلخص في أن سيدة طاعنة في السن أصدرت شيكاً

---

(١) كيف يكون الحل لو تلقى البنك معارضة في وفاء شيك من شخص غير الساحب أو الحامل أو دائنيهما استناداً إلى عدم سلامة الشيك. والجواب في حكم أصدرته محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٧٢/١١/٢١ بأن البنك الذي يتلقى معارضة من غير أصحاب الشأن المنصوص عليهم قانوناً يكون عليه أن يهملها ويدفع للحامل وإلا تعرض للمسؤولية وذلك على أساس أن المعارضة في وفاء الشيك لا تجوز إلا استثناء، على اعتبار أن الأسباب التي تنهض مبرراً للمعارضة لا يقدمها إلا أصحاب الشأن. أنظر في ذلك د. علي جمال الدين عوض: انقضاء الشيك. المرجع السابق ص ١٨٢.

بمبلغ ضخم، فعارض أقارب السيدة في الوفاء على أساس أن الساحبة ليست بكامل قواها العقلية ولديهم ما يثبت ذلك من مستندات طبية ووثائق يسعون على أساسها للحجر على السيدة المذكورة، فاحترم البنك معارضة هؤلاء ورفض الوفاء لحامل الشيك، فرفع الأخير الأمر إلى قاضي الأمور المستعجلة الذي أصدر قراره بإلزام البنك بوفاء قيمة الشيك[1].

ولما وصلت القضية إلى محكمة الدرجة الأولى قضت بإلزام البنك بفوائد المبلغ عن مدة التأخير وقالت:

" إن رفض البنك الوفاء كان مخالفاً للقواعد القانونية الخاصة بالشيك، وأن هذا الخطأ من جانب البنك أضر بالمستفيد وحرمه من الإفادة مدة ثلاثة شهور من مبلغ الشيك الذي تملكه، وأجبر المستفيد على اللجوء إلى القضاء لاقتضاء قيمة الشيك، لأن على البنك أن يكون ملماً بالقواعد القانونية الخاصة بالشيك وأن يطبقها ".

وأيدت محكمة استئناف باريس هذا الحكم وأيدتها محكمة النقض الفرنسية التي ردت الطعن الموجه إلى حكم محكمة الاستئناف وكررت عباراته وكان منها "أن سحب الشيك تم في وقت لم تكن الساحبة فيه محجوراً عليها ولا حتى محلاً لإجراءات الحجر، وأن الأخطار الحاصل بعدم الوفاء كان يجب أن لا يعتبر في نظر البنك معارضة إذ هو لا يدخل في الحالات الواردة في المادة (٢٢) من المرسوم بقانون الصادر عام ١٩٣٥، وأنه طبقاً للمادة (٣٣) فإنه لا يعدل في آثار الشيك وفاة الساحب أو عدم أهليته بعد إصدار الشيك وكان على البنك أن يدفع الشيك فور تقديمه وإذا لم يفعل فقد أخطأ "[2].

وهكذا فإن حديثنا في موضوع الامتناع عن الوفاء سيدور حول إثبات الامتناع وممارسة حق الرجوع من حيث موضوعه وآثاره القانونية وسقوط حق الرجوع بسبب

---

(١) لوحظ في هذه الدعوى أن قاضي الأمور المستعجلة أجل إصدار قراره عدة مرات استغرقت عدة شهور. راجع د. علي جمال الدين عوض: انقضاء الشيك. المرجع السابق ص ١٨٤.

(٢) انظر ما يقابل نص المادة ٣٣ من القانون الفرنسي نص المادة ٢٥٠ من قانون التجارة وورد كما يلي: " إذا توفي الساحب او فقد اهليته او افلس بعد إنشاء الشيك، فليس لذلك اثر على الأحكام المترتبة على الشيك ".

الإهمال ومرور الزمن. بعد أن نذكر فحوى قرار الديوان الخاص بتفسير القوانين رقم ٤ لسنة ١٩٩٠.

يتضمن هذا القرار تفسيراً لنص المادة ٢٤٩ من قانون التجارة وبيان ما إذا كان يجوز للبنك إعادة الشيك بناء على طلب الساحب في غير حالتي ضياع الشيك أو تفليس حامله، وانتهى إلى القول بأنه يجوز للبنك إعادة الشيك والامتناع عن صرفه بسبب معارضة الساحب في غير حالتي ضياع الشيك أو تفليس حامله بحجة أن علاقة البنك بالساحب تدور بين الوكالة والأمانة والقاعدة فيهما أن كلاً من الوكيل والأمين مقيد بتعليمات وأوامر الموكل والمستأمن، وأن الساحب غير ملزم ببيان سبب المعارضة للبنك المسحوب عليه[1].

البند الرابع: إثبات الامتناع عن الوفاء

يلزم لرجوع حامل الشيك على الساحب وعلى غيره من الملتزمين أن يثبت أن المسحوب عليه امتنع عن الوفاء، وهذا الامتناع يثبت باحتجاج يوجه من الحامل بورقة رسمية أو بيان يدونه البنك على ذات الشيك[2] وفق ما نصت عليه المادة ٢٦٠ من قانون التجارة[3].

ونحى المشرع إلى إيجاد سبل أخرى يثبت بها الامتناع عن الوفاء، مثل البيان الصادر عن المسحوب عليه، أو من غرفة المقاصة، وأطلق المشرع على البيانات لفظ الاحتجاج.

وتبدأ إجراءات الرجوع بتحرير الاحتجاج وهو ما ورد الحديث عنه في موضع سابق، وقلنا فيه أن الاحتجاج هو إثبات الواقعة بشكل رسمي أي بمعرفة موظف

---

(١) انظر قرار الديون الخاص بتفسير القوانين رقم ٤ لسنة ١٩٩٠، وانظر المخالفة لأحد أعضاء الديوان حيث ذهب خلاف ما قررته الأكثرية، ونحن نؤيد وجهة نظر المخالف فيما ذهب اليه وأنه لا تجوز المعارضة إلا في حالتي ضياع الشيك وتفليس حامله، ويعتبر قرار الديوان الخاص بتفسير القوانين بمثابة القانون.

(٢) انظر د. علي جمال الدين عوض: انقضاء الشيك. المرجع السابق ص ١٨٦.

(٣) انظر بشأن تحرير الاحتجاج ما سبق، وراجع نص المادة ٢٦٠ من قانون التجارة والذي بحث في الرجوع بسبب عدم الوفاء وورد في الفقرة ٢ منه " ويطلق لفظ احتجاج ايضاً في هذا القانون على البيانين المذكورين في الحالتين الواردتين في الفقرتين (ب، ج) من هذه المادة إلا إذا نص على خلاف ذلك ".

عمومي هو الكاتب العدل، أما بشأن الشيك فقد أجاز القانون وسيلتين إلى جانب الاحتجاج يثبت بأي منهما الامتناع عن الوفاء وهاتان **الوسيلتان هما:**

١- بيان صادر عن المسحوب عليه مؤرخ ومكتوب على ورقة الشيك وذكر يوم تقديمه.

٢- بيان صادر عن غرفة المقاصة مؤرخ يذكر فيه أن الشيك قدم في الوقت المحدد ولم تدفع قيمته[١].

هذا ولا يثبت امتناع المسحوب عليه عن الوفاء بالاحتجاج إلا إذا تم تحرير هذا الاحتجاج في المهلة المحددة قانوناً وهي التي تبدأ بعد انقضاء ميعاد تقديم الشيك للوفاء، وفق ما حدده نص المادة ٢٤٦ من قانون التجارة[٢].

البند الخامس: ممارسة حق الرجوع

ذكرنا فيما سبق أن من واجبات حامل الشيك تقديمه في المواعيد المحددة قانوناً، وتقديم دعوى الرجوع بعد إتمام الإجراءات التي نص عليها القانون، والدعوى هي إحدى الضمانات التي قررها المشروع لحامل الشيك عندما يمتنع المسحوب عليه عن الوفاء، لذلك يتعين على هذا الحامل أن يبادر إلى رفع دعوى الرجوع على الملتزمين جميعاً أو على بعضهم، وأن يطالبهم بمبلغ الشيك والفوائد اعتباراً من تاريخ تقديمه الشيك للوفاء بالإضافة إلى مصاريف الاحتجاج والإشعارات.

---

(١) انظر الهامش السابق وراجع نص المادة ٢٦٠ الفقرة ٢ من قانون التجارة.

(٢) راجع عبد المعين جمعة: المرجع السابق ص ٥٠٩. مصطفى رضوان: مدونة الفقه والقضاء. الجزء الثاني ص ٢٨١. ويقول " أنه لا يشترط إثبات امتناع المسحوب عليه عن الدفع ببروتستو كما هو الشأن في الكمبيالة والسند لأمر " وراجع د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٣٠٩ ويقول " أن إثبات الامتناع عن الوفاء يكون بإحدى الطريقتين:

١- بوثيقة احتجاج رسمية.

٢- بتصريح صادر عن المسحوب عليه ".

ولاحظ أن حامل الشيك لا يعتبر مهملاً إذا تضمن هذا الشيك شرط الرجوع بدون مصاريف عملاً بأحكام المادة ١٨٤ من قانون التجارة والتي احالت إليها المادة ٢٦٢ من ذات القانون. انظر د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٣١٠.

ولاحظ أن قانون التجارة لم يتضمن احكاماً تتعلق بحامل الشيك المهمل سوى ما أحالت إليه المادة ٢٦٢، ولذلك يمكن القول أن أحكام الشيك في قانون التجارة لم تتضمن جزاء يسقط به حق الحامل المهمل إلا ما ورد في الفصل العاشر الذي يبحث في التقادم.

ويحل الموفي محل حامل الشيك في الرجوع على باقي الضامنين كما يحل الموفي بطريقة التدخل محل الحامل الذي استوفى حقه منه، بحيث يصبح لهذا الموفي حق المطالبة بقيمة الشيك وفوائده والمصاريف التي يتكبدها[1]. وإلى جانب دعوى الرجوع التي يحق لحامل الشيك إقامتها على الضامنين[2]، فإنه يجوز له أن يطلب توقيع الحجز التحفظي على منقولات المدين إذا توافرت الشروط القانونية الواردة في المادة ١٩٨ من قانون التجارة، والتي أوجبت على الحامل أن يقدم احتجاجاً لعدم الوفاء ويقوم بالإجراءات المحددة قانوناً مثل الإشعار وإثبات امتناع المسحوب عليه عن الوفاء وتوجيه الاحتجاج في المواعيد القانونية وبعد ذلك يمكنه حجز منقولات الملتزم بالشيك[3].

وموضوع دعوى الرجوع هو مبلغ الشيك وفوائده القانونية محسوبة من يوم تقديمه ونفقات الاحتجاج. ويمكن المطالبة بذلك بإحدى طريقتين:

١- دعوى يتم رفعها إلى المحكمة المختصة.

---

(١) انظر د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٥٣٦ ويقول " ان الكلام عن حق الحامل في الرجوع على المدينين يفترض أن الشيك موضوع دعوى الرجوع قد استوفى شروط الأوراق التجارية، اما إذا كان الشيك غير ذلك بأن كان شيكاً اسمياً مثلاً فإن الموقعين عليه لا يضمنون للحامل الوفاء، بل مجرد وجود الحق عند السحب أو التظهير، وعلى ذلك فلا يجوز للحامل الرجوع إلا إذا ثبت عدم وجود مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه ".

(٢) يجوز لحامل الشيك أن يرجع على الملتزمين جميعهم أو بعضهم وانه إذا رجع على بعضهم فلا شيء يمنعه من الرجوع على الباقين في وقت لاحق، وهذا ما نصت عليه المادة ١٨٥ الفقرة ٤ من قانون التجارة بأنه: "والدعوى المقامة على احد الملتزمين لا تحول دون مطالبة الباقين ولو كان التزامهم لاحقاً لمن أقيمت عليهم الدعوى".

ويرى البعض ان الحامل إذا اختار ليس له الرجوع على بعض الملتزمين اللاحقين في سلسلة التوقيعات، لأن رجوعه على البعض يترتب عليه براءة الآخرين، وهذا يعني ان الحامل إذا رفع الدعوى على الساحب برئ جميع الموقعين بعده، وإن رفع الدعوى على أحد المظهرين يبرئ جميع المظهرين اللاحقين عليه.

انظر د. أمين محمد بدر: المرجع السابق ص ٥٣٧ وقارن د. رضا عبيد : المرجع السابق ص ٢٢٠ ويقول " ويرى بعض الفقه انه لا محل للأخذ بالقرينة التي تفترض تنازل الحامل عن المظهرين الذي يتخطاهم في سلسلة التظهيرات على اساس ان نص المادة ١٦٤ هو نص استثنائي ومنتقد فلا قياس عليه " وقرب د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٨٨. وانظر نص المادة ١٦٤ من القانون المصري والتي نصت على انه: " يجوز لحامل الكمبيالة المعمول عنها بروتيستو عدم الدفع ان يطلب الساحب وكل واحد من المحيلين بالانفراد أو جميعهم معاً، ويجوز أيضاً لكل واحد من المحيلين مطالبة الساحب والمحيلين السابقين عليه على الوجه المذكور، ومطالبة الساحب فقط تبرئ المحيلين ومطالبة احدهم تبرئ المحيلين بعده الذين لم تحصل مطالبتهم " كما جاء نص المادة ١٨٥ من قانون التجارة الذي حاسماً للخلاف كما يلي: "والدعوى المقامة على أحد الملتزمين لا تحول دون مطالبة الباقين ولو كان التزامهم لاحقاً لمن اقيمت عليهم الدعوى أولاً".

(٣) انظر ما سبق حول ممارسة حامل سند السحب حق الرجوع. الباب الأول.

٢- وضع الشيك لدى دائرة التنفيذ لتحصيل قيمته وفق أحكام قانون التنفيذ.

ومن جهة ثانية فإن كل ملتزم بالشيك تم الرجوع عليه وأوفى قيمته أن يرجع على الملتزمين السابقين عليه، لأنهم يضمنون له وفاء الشيك، وله أن يطالبهم بكامل ما دفعه، أو بما هو مطلوب منه، وله كافة الحقوق التي كان يتمتع بها الحامل قبل الرجوع عليه[1].

البند السادس: سقوط حق الرجوع بالاهمال ومرور الزمن

يسقط حق حامل الشيك في الرجوع على الملتزمين بانقضاء مواعيد حددها القانون، على أن أثر السقوط ومدته تختلف باختلاف العلاقة التي يرتبط بها الحامل مع غيره كالساحب والمسحوب عليه والمظهرين.

فالساحب لا يجوز له الاحتجاج على الحامل بالسقوط إذا لم يقدم مقابل الوفاء على نحو يبقى لحين انتهاء موعد تقديم الشيك للوفاء، ويشبه الحكم في الشيك حكم حامل سند السحب المهمل في علاقته بالساحب، رغم أن مدلول إهمال حامل الشيك يختلف عنه في سند السحب، ذلك لأن المشرع نص صراحة في المادة ١٩٠ من قانون التجارة على إلزام المستفيد في سند السحب باتخاذ إجراءات معينة في مواعيد حددها وإلا سقط حقه بالرجوع باعتباره مهملاً.

أما حامل الشيك فقد ألزمه المشرع بمواعيد معينة يقوم أثناءها بإجراءات محددة، حتى لا يتعرض لأية جزاءات في حال عدم التقيد بتلك الإجراءات. ونصت المادة ٢٦٠ من قانون التجارة على أن لحامل الشيك الرجوع على المظهرين والساحب وغيرهم إذا قدمه في الوقت المحدد ولم تدفع قيمته، وأثبت الامتناع عن الوفاء بالطرق المحددة قانوناً.

(١) انظر د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٨٩. وراجع د. علي جمال الدين عوض: انقضاء الشيك. المرجع السابق ص ١٨٩. وقارن د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٢٣٧ ويقول " وتجدر الإشارة إلى ان للحامل ايضاً حق الحجز الاحتياطي على أموال المظهرين أو المتكفلين ـ كما على أموال الساحب ـ المنقولة ودون اية كفالة وذلك تمهيداً للتنفيذ عليها".

وهكذا فإن حامل الشيك إذا راعى المواعيد القانونية لتقديم الشيك للوفاء فإن حقه في الرجوع لا يسقط إلا بالتقادم[1]، أما إهماله بعدم التقيد بتلك المواعيد فيترتب عليه سقوط حقه بالرجوع على النحو التالي:

أولاً: علاقة حامل الشيك بالمسحوب عليه

لا قبول في الشيك كما هو شأن سند السحب، لذا فلا يجوز لحامل الشيك الرجوع على المسحوب عليه على أساس أن الأخير قبل الشيك، بل يمكن الرجوع على المسحوب عليه لمطالبته بالرصيد الموجود تحت يده والذي يعتبر مقابل وفاء الشيك.

وهذا يرتب لحامل الشيك حقاً على مقابل الوفاء يجعله قادراً على المطالبة به سواء أهمل أم لم يهمل، وبذلك لا يسقط حق حامل الشيك بالإدعاء تجاه المسحوب عليه إلا بالتقادم ولا أثر لإهماله في هذا الرجوع[2].

ونصت المادة ٢٤٩ من قانون التجارة على أن "للمسحوب عليه أن يوفي قيمة الشيك ولو بعد الميعاد المحدد لتقديمه"[3].

وهذا يؤكد أن مطالبة الحامل للمسحوب عليه بالمقابل الذي تملكه عند إصدار الشيك لا تسقط بسبب الإهمال لأن الحامل يستطيع مباشرتها دون أن يلزم باتخاذ أية إجراءات[4].

وقضت محكمة النقض الفرنسية بتاريخ ١٩٥١/١٠/١٦ بأنه إذا تقدم حامل الشيك بقيمة الشيك في تفليسة الساحب فذلك لا يفيد نزوله عن حقه ضد البنك المسحوب عليه وعلى الرصيد الذي يملكه[5].

---

(١) انظر د. رضا عبيد: المرجع السابق ص٣٢١.

(٢) انظر د. رضا عبيد: المرجع السابق ص٣٢٢ وراجع د. محسن شفيق: المرجع السابق ص٤٩٠ ويقول "ويتضح من هذا انه لا اثر لإهمال الحامل في الرجوع على المسحوب عليه إذ يحتفظ الحامل – على الرغم من إهماله – بحقه في الرجوع على المسحوب عليه لمطالبته طالما انه موجود لديه".

(٣) انظر د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ص ١٩٠.

(٤) لا يرجع المستفيد في الشيك، أو الحامل على المسحوب عليه كملتزم أو ضامن، لأنه غريب عن العلاقة الصرفية التي نشأت بين الساحب والمستفيد بموجب الشيك، إذا المسحوب عليه لم يوقع على الشيك ولم يلتزم بأي التزام، لذلك فإن مطالبته تكون على أساس أنه حائز لمقابل الوفاء الذي تملكه المستفيد ومن بعده الحامل. المرجع السابق ص ٤٩٠. د. رضا عبيد: المرجع السابق ص ٣٢٢.

(٥) علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ص ١٩٠.

ثانياً: علاقة حامل الشيك بالساحب

إذا قام الساحب بتقديم مقابل وفاء الشيك الذي أصدره أصبح على المستفيد أن يتقدم من البنك لاستيفاء قيمته في المواعيد القانونية، وإن هو لم يتقدم من البنك يعتبر مهملاً ويترتب على هذا الإهمال سقوط حقه في الرجوع على الساحب في حالة هلاك الرصيد بعد انقضاء مواعيد التقديم، لأنه من غير المقبول أن يتحمل الساحب نتيجة إهمال الحامل أو تراخيه في مراجعة المسحوب عليه، وبغير هذه الحالة فلا يسقط حق الحامل ولو أهمل في التقدم من المسحوب عليه للوفاء بقيمة الشيك على أن الحالات التي لا يترتب على إهمال حامل الشيك سقوط حقه في الرجوع على الساحب فيمكن إجمالها في الفروض التالية:

الفرض الأول: عندما يصدر الساحب شيكاً بلا مقابل وفاء. ففي هذه الحالة لا يسقط حق الحامل إذا هو لم يتقدم من البنك في المواعيد المحددة قانوناً، لأنه لو تقدم لما حصل على شيء بسبب عدم وجود الرصيد، وبذلك فإنه لم يضيع شيئاً بإهماله، بالإضافة إلى أن التسليم بسقوط حق الحامل المهمل في الرجوع على الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، معناه إثراء هذا الساحب على حساب الحامل[1].

الفرض الثاني: عندما يصدر الساحب شيكاً له مقابل وفاء، ويهلك هذا المقابل قبل انقضاء ميعاد التقديم بأي سبب، ففي هذه الحالة لا يترتب على إهمال الحامل سقوط حقه في الرجوع على الساحب، ولذات السبب الذي ورد في الفرض الأول وهو أن الحامل ما كان يمكنه الاستفادة من نشاطه في التقدم من المسحوب عليه.

---

(1) انظر د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٩١ ويقول " إذ لو فرض ونشط الحامل إلى تقديم الشيك للوفاء في الميعاد القانوني لما أفاد من نشاطه شيئاً " وراجع د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ص ١٩١. د. رضا عبيد: المرجع السابق ص ٣٢٢ وانظر تمييز حقوق ٥٠١ لسنة ١٩٦٦. مجموعة المبادئ. الجزء الثاني ص ٨٧٩ وورد في حيثيات القرار " أن إهمال حامل الشيك تقديمه إلى المسحوب عليه في الميعاد القانوني، لا يسقط حقه في الرجوع على الساحب بعد مضي ستة أشهر إلا إذا ثبت أن الرصيد كان موجوداً لدى المسحوب عليه حتى انقضاء ميعاد التقديم ثم هلك بعد ذلك بفعل غير منسوب إلى الساحب ".

الفرض الثالث: عندما يصدر الساحب شيكاً له مقابل وفاء، ويهلك هذا المقابل بفعل الساحب كما لو استرده أو سحب على هذا المقابل شيكاً آخر، ففي هذه الحالة لا يترتب على إهمال الحامل سقوط حقه في الرجوع على الساحب، حتى لا يثري الأخير على حساب الحامل، وينسجم هذا الحكم مع ما قضت به المادة ٤٢١ من قانون العقوبات التي اعتبرت استرداد الرصيد كله أو بعضه فعلاً معاقباً عليه، ولم تفرق بين ما إذا وقع هذا الاسترداد قبل أو بعد انقضاء الميعاد القانوني لتقديم الشيك.

في ضوء ما تقدم، فإن إهمال حامل الشيك لا يترتب عليه سقوط حقه بالرجوع على الساحب إلا بحالة واحدة هي عدم تقدمه للمطالبة بوفاء الشيك في المواعيد المحددة قانوناً إذا بقي مقابل الوفاء موجوداً إلى ما بعد انقضاء هذه المواعيد ثم هلك بفعل غير منسوب إلى الساحب، كما لو أفلس المسحوب عليه بعد انقضاء الميعاد القانوني المحدد لتقديم الشيك للوفاء.

ثالثاً: علاقة حامل الشيك بالمظهرين

الأصل أن يدفع المظهرون في مواجهة حامل الشيك المهمل الذي لم يتقدم في المواعيد المحددة قانوناً بسقوط حقه في الرجوع عليهم بسبب إهماله، سواء وجد مقابل الوفاء أم لم يوجد، وتقرر هذا المبدأ للتخفيف عن المظهرين، سيما وأنهم لا يستفيدون من السقوط إعمالاً لمبدأ الإثراء بلا سبب كما هو شأن الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء، بالإضافة إلى أن هؤلاء المظهرين ضامنون وليسوا مدينين، لأن كل مظهر وهو يقبض قيمة الشيك يكون قد دفع هذه القيمة لمن أعطاه هذا الشيك[1].

وخلاصة ما تقدم فإن السقوط جزاء للإهمال وليس تعويضاً عن الضرر، وهو لا يتعلق بالنظام العام بحيث لا يحكم به القاضي إذا لم يتمسك به من تقرر لمصلحته.

---

(١) انظر د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ص١٩١ ويقول بشأن المظهرين وعلاقتهم بالحامل المهمل: "أن كل مظهر إذ يقبض قيمة الشيك عندما يظهر الشيك إلى من يليه، فإنه كان قد دفعها إلى من أعطاه الشيك، فكأنه قد دخل العلاقة الصرفية وخرج منها غير دائن ولا مدين، وكان المفروض أن يخرج منها نهائياً إذ لم يعد له شأن فيها، ولكن المشرع أبقاه ضامناً لكل من يليه على سبيل الاستثناء".

أما ما يتعلق بمرور الزمن وأثره في سقوط حق حامل الشيك، فسيكون محور حديثنا في الباب الرابع، ونكتفي بالإحالة إليه، ونشير أيضاً إلى أن التقادم الصرفي لا تخضع له إلا الدعاوى الصرفية التي كان مصدرها المباشر الشيك كورقة تجارية، لأن الالتزامات الناشئة عن الشيك بصفته التجارية تتقادم لا وفقاً لقواعد القانون المدني، بل وفقاً للقواعد الخاصة بالأوراق التجارية وهي الواردة في المادتين ٢٧١، ٢٧٢ من قانون التجارة، وهذا على خلاف الدعاوى التي تنشأ بمناسبة الشيك فلا تخضع لنظام التقادم الصرفي.

وتطبيقاً لذلك فإن دعوى الإثراء بلا سبب في مواجهة الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء تتقادم بمضي خمس عشرة سنة[١].

وبقي أن نشير إلى أن الفقه والقضاء المصري يعتبران مرور الزمن قرينة على الوفاء ويستطيع حامل الشيك أن يتلمس وسيلة لهدم هذه القرينة بتوجيه اليمين إلى المدعى عليه، فإن نكل المدين أو ردها على حامل الشيك فحلفها انهارت بذلك قرينة الوفاء وتعين عدم قبول الدفع بالتقادم.

أما القضاء الأردني فتردد حيال الأخذ بما أخذ به الفقه والقضاء في مصر. ذلك أن محكمة التمييز أصدرت قراراً عام ١٩٦٨ اعتبرت فيه مرور الزمن قرينة على الوفاء ويمكن هدمها بتوجيه اليمين إلى المدين. وورد في حيثيات القرار: " أن مرور الزمن الخمسي مبني على قرينة الوفاء بدليل وجوب حلف مدعي مرور الزمن اليمين على براءة الذمة "[٢].

وأصدرت ذات المحكمة قراراً عام ١٩٧٣ يقضي بأن مرور الزمن ليس قرينة على الوفاء، وورد في حيثيات القرار:

"أن قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ لم يأخذ بفكرة أن مرور الزمن قرينة على الوفاء تستوجب تحليف مدعي مرور الزمن اليمين على براءة الذمة، بل اعتبر مضي مدة التقادم الخمسي موجب لإسقاط دعوى المطالبة بقيمة الورقة التجارية، وليس أدل على ذلك مما جاء في المادة ٢١٧ من قانون التجارة من أنه يجوز للدائن إقامة الدعوى ضمن

---

(١) انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٩٦.

(٢) تمييز حقوق رقم ١٠ لسنة ١٩٦٨. مجلة نقابة المحامين السنة السادسة عشرة عام ١٩٦٨ ص ٢٦٩.

مدة التقادم العادي بطلب الحق الذي من أجله أعطيت الورقة التجارية رغم انقضاء ميعاد التقادم الخمسي عليها، ومكنته من تقديم الورقة التجارية في معرض البينة لإثبات هذه الدعوى، فلو اعتبر المشرع التقادم الخمسي قرينة على الوفاء للحق محل الورقة التجارية لما كان هناك ضرورة لما أورده في المادة ٢١٧ المشار إليه "[1].

(١) تمييز حقوق رقم ١١٤ لسنة ١٩٧٣. مجموعة المبادئ القانونية الجزء الثالث ص ٨٨٠.

المبحث الرابع
بعض أنواع الشيك

البند الأول: الشيك المسطر

تسطير الشيك يعني وضع خطين متوازيين في صدر الشيك وهو ما نصت عليه المادة ٢٥٦ من قانون التجارة، والغرض من وضع هذين الخطين هو تنبيه البنك المسحوب عليه إلى عدم الوفاء بموجب هذا الشيك إلا إذا كان طالب الوفاء هو بنك، لذلك يتوجب على حامل الشيك المسطر أن يظهره إلى بنك إما على سبيل التمليك كما هو التظهير الناقل للملكية أو على سبيل التوكيل ليقوم هذا البنك للمطالبة بالوفاء[١] فتسطير الشيك يهدف إلى درء خطر ضياعه أو سرقته إذ بذلك لا يستطيع سارق الشيك أو واجده أو مزوره الحصول على قيمته لأن المسحوب عليه ممنوع من أداء قيمته إلا إلى البنك[٢] ويخضع الشيك المسطر لجميع الأحكام التي يخضع لها الشيك العادي "غير المسطر" باستثناء القاعدة التي تحتم تقديمه للوفاء من قبل أحد البنوك. والتسطير نوعان:

أولاً: التسطير العام

وهو الذي يخلو ما بين الخطين فيه من أي بيان أو أن يتضمن ما بين الخطين لفظ مصرف أو أي لفظ آخر بهذا المعنى، ولفظ مصرف يكون بدون تعيين لهذا المصرف.

وهكذا فإن التظهير العام كما ورد النص عليه في المادة ٢٥٦ فقرة ٥ من قانون التجارة يوجب على المسحوب عليه الامتناع عن الوفاء بقيمة الشيك إلا إلى البنك، وأنه إذا قام بالوفاء لغير البنك كان مسؤولاً عن تعويض الضرر الذي قد يصيب مالك

---

(١) انظر د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٢٩٢.

(٢) انظر نص المادة ٢٥٦ من قانون التجارة و يقابله نص المادة ٤٣٣ من قانون التجارة اللبناني ونص المادة ١٦٦ من قانون التجارة العراقي وراجع د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٢٩٧. د. ادوار عيد: المرجع السابق ص ٢٩٧.

الشيك[1]. وعليه فلا تعويض بدون ضرر لأن الهدف من التسطير هو ضمان الوفاء لمالك الشيك، وانه إذا تم الوفاء لهذا المالك يكون الهدف من التسطير قد تحقق.

ثانياً: التسطير الخاص

وهو الذي يتضمن اسم البنك الذي يتعين الوفاء له ويتم تعيين هذا البنك عندما يوضع اسمه ما بين الخطين، وبذلك يترتب على المسحوب عليه أن يقوم بالوفاء لهذا البنك المعين بالذات، وبمثل الحكم الذي ذكرناه المتعلق بالتسطير العام، فإن البنك المسحوب عليه إذا قام بالوفاء إلى غير البنك المعين فيما بين الخطين في الشيك المسطر تسطيراً خاصاً فإنه يتحمل مسؤولية التعويض عن الضرر الذي يلحق مالك الشيك الحقيقي، ولا موجب لتقرير المسؤولية إذا لم يترتب أي ضرر كما لو تم الوفاء إلى هذا المالك[2].

وهكذا فإن التسطير بنوعيه هو عبارة عن وسيلة لضمان خطر سرقة الشيك أو فقدانه، ويمكن أن يتحول الشيك المسطر تسطيراً عاماً ليصبح شيكاً مسطراً تسطيراً خاصاً بمعنى أنه يمكن وضع اسم المصرف فيما بين الخطين، أما الشيك المسطر تسطيراً خاصاً فلا يجوز تحويله ليصبح شيكاً مسطراً تسطيراً عاماً. ونصت المادة ٢٥٦ الفقرة ٨ من قانون التجارة بأن: أي شطب للتسطير أو لاسم المصرف يعتبر كأن لم يكن، بمعنى أن الشطب يفقده صفته[3] وأنه متى وضع التسطير على الشيك وجب أن يبقى صفة ملازمة له إلى أن يتم الوفاء بقيمته.

---

(١) يكون ذلك إذا تم الوفاء لمن زور الشيك أو سرقه أو وجده. انظر د. محسن شفيق: المرجع السابق ص ٤٩٥ ويقول "فالضرر إذا شرط لقيام مسؤولية المسحوب عليه بحيث إذا انتفى الضرر بوقوع الوفاء للمالك الحقيقي بدون وساطة البنك فلا مسؤولية عليه إطلاقاً".

(٢) انظر المادة ٦/٢٥٧ وتنص على أنه " إذا لم يراع المسحوب عليه أو المصرف الأمور السابقة فإنه يكون ملتزماً بتعويض الضرر بقدر قيمة الشيك ".

(٣) انظر ما يقابل هذا النص المادة ٥٤٢ في قانون التجارة السوري وتتضمن نفس الحكم.

البند الثاني: الشيك المقيد في الحساب

يحق للساحب وحامل الشيك أن يشترطا قيد قيمته في الحساب بدلاً من الوفاء بها نقداً، وهذه وسيلة لدرء مخاطر ضياع الشيك أو سرقته، ونصت المادة ٢٥٨ على أنه " يجوز لساحب الشيك ولحامله أن يمنعا وفاءه نقداً بوضع العبارة الآتية: "لقيده في الحساب" على ظهر الشيك أو أي عبارة أخرى مماثلة". وفي هذه الحالة لا يمكن أن يجري تسديد الشيك من قبل المسحوب عليه إلا بطريق القيد في السجلات " اعتماداً في الحساب أو نقل أو مقاصة، والقيد في السجلات يقوم مقام الوفاء ".

وهكذا فإن هذا النوع من الشيكات لا يمكن تسديد قيمته إلا بالقيد في السجلات على أن ذلك لا يمنع من تظهيره وفق القواعد التي ذكرناها سابقاً في المواضع المخصصة لتداول الشيك.

وإذا قام المسحوب عليه بالوفاء لحامل الشيك المشروط قيده في الحساب فإن وفاءه لا يقع باطلاً إلا أنه يبقى مسؤولاً عن الضرر الذي ينتج عن ذلك للمالك الحقيقي، بحيث إذا تبين أن الحامل لم يكن هو ذلك المالك فإن الضرر الذي يصيبه هو قيمة الشيك، أما إذا تم الوفاء للحامل الشرعي مثلاً فلا يترتب أية مسؤولية على الشيك لانتفاء الضرر[1].

هذا من ناحية الشيك الذي يصدر بداخل المملكة أما الشيكات التي تصدر خارج المملكة فتسري عليها الأحكام المتعلقة بالشيك الصادر داخلها والمشروط قيده في الحساب لأن شرط القيد في الحساب صحيح وتترتب ذات الآثار التي ذكرناها[2] سواء صدر بداخل المملكة أو خارجها.

---

(١) انظر د. أدوار عيد: المرجع السابق ص ٣٩٢ وانظر نص المادة ١٦٨ في قانون التجارة العراقي وورد في البند ثالثاً: "إذا لم يراع المسحوب عليه الأحكام المتقدمة كان مسؤولاً عن تعويض الضرر بما لا يتجاوز مبلغ الشيك".

(٢) يسأل البنك عن تعويض الضرر بما لا يزيد عن مبلغ الشيك في حال الوفاء به نقداً لغير المالك الحقيقي أو الحامل غير الشرعي. انظر نص المادة ٤٣٥ من قانون التجارة اللبناني والمادة ٥٤٢ من قانون التجارة السورية والمادة ١٦٨ من قانون التجارة العراقي.

البند الثالث: الشيك المعتمد

هو الشيك الذي يقدمه حامله إلى المسحوب عليه بناء على طلب الساحب أو الحامل من أجل التأشير عليه بما يفيد الاعتماد. وتضمنت بعض التشريعات الأجنبية والعربية أحكاماً تتعلق بالشيك المعتمد[1] إلا أن القانون الأردني جاء خالياً من الإشارة إلى هذا النوع من الشيكات ومع ذلك فإن العرف المصري قد استقر على الاعتراف بوجوده وأطلق عليه الشيك المصدق. هذا وأن التأشير على الشيك الذي أورده نص المادة ٢٣٢ من قانون التجارة لا يفيد إلا لغايات إثبات وجود مقابل الوفاء بتاريخ التأشير، ولا يلتزم البنك بتجميد هذا المقابل لمصلحة حامل الشيك[2].

البند الرابع: شيكات المسافرين

اختلفت وجهات النظر في تعريف شيك المسافرين[3] فعرفها البعض بالقول أن شيك المسافرين هو أمر دفع صادر من بنك إلى عدة بنوك منتشرة في أنحاء العالم لإذن المسافر تدفع قيمته بالعملة الأجنبية[4]. وعرفها البعض الآخر بالقول أن هذا النوع من الشيكات استحدث لتمكين السائحين من الحصول على النقود اللازمة لهم في البلاد

---

(١) تضمن التشريع الفرنسي في القانون الصادر بتاريخ ٢٨ شباط ١٩٤١ أحكاماً بشأن الشيك المعتمد كما تضمن القانون العراقي أحكاماً بشأن الشيك المعتمد وورد النص عليه في المادة ١٤٢ من قانون التجارة حيث جاء في البند رابعاً بأنه (يبقى مقابل وفاء الشيك المعتمد مجمداً لدى المحسوب عليه وتحت مسؤوليته لمصلحة الحامل).

(٢) نصت المادة ٢٣٢ الفقرة ٢ من قانون التجارة (على انه يجوز للمسحوب عليه أن يؤشر على الشيك، وهذه الإشارة تفيد وجود مقابل الوفاء في تاريخ التأشير)، ويقابل هذا النص ما ورد في نص المادة ٤١٢ الفقرة ٢ من قانون التجارة اللبناني وتضمن نفس الحكم.

ونصت المادة الأولى من القانون الفرنسي الصادر في ٢٨ شباط ١٩٤١ بأنه (بالرغم من كل نص مخالف يجوز للساحب او للحامل طلب اعتماد الشيك من المسحوب عليه إذا كانت لديه مؤونة كافية بتصرف الساحب وتظل مؤونة الشيك المعتمد مجمدة لمصلحة الحامل وعلى مسؤولية المسحوب عليه حتى انتهاء مهلة التقديم ويعتبر توقيع المسحوب عليه على صدر الشيك بمثابة اعتماد له ولا يجوز للمسحوب عليه رفض الاعتماد إلا لعدم كفاية المؤونة).

(٣) يطلق البعض على هذا النوع من الشيكات السياحية ولأن تداولها غير مقتصر على استعمال السائحين لها بل يتداولها المسافرون لأغراض متعددة فنرى ان تسميتها شيكات المسافرين أدل على وظيفتها من الشيكات السياحية.

(٤) انظر د. محمد صالح: شرح القانون التجاري ج٢ ط ١٩٥٣ بند ٢٦٥.

التي يقومون بزيارتها دون أن يضطروا إلى حمل نقودهم معهم وتعريضها لخطر الضياع أو السرقة[1].

ويرى البعض الآخر أن شيكات المسافرين هي أوامر صادرة من بنك إلى عدة بنوك مختلفة في الخارج وتكون هذه الأوامر محددة لأجل دفع المبلغ المعين فيها لمصلحة شخص معين هو المسافر الذي يحملها.

وهناك تعريفات أخرى أشار إليها بعض الفقهاء منها أن شيك المسافرين عبارة عن ورقة ابتكرها العرف وأقر أحكامها بعيداً عن الأحكام التي وضعها التشريع للأوراق التي قد تشتبه بها ، أو أن شيك المسافرين يمثل تعهداً بالدفع يصدر عن طرف هو البنك يخول حامله استلام المبلغ المحدد بالعملة المحلية من البنوك الخارجية ، أو أنه شيك دائر مسحوب على مراسلي البنك المصدر له ، أو أنه ذلك الصك الذي يجوز الوفاء بقيمته لدى فروع البنك المصدر له أو لدى مراسليه في الخارج[2].

وفي ضوء التعريفات السابقة لشيك المسافرين نقول أنه عبارة عن محرر مكتوب يتضمن أمراً صادراً عن بنك إلى فروعه في دول أخرى بأن يدفع للمستفيد مبلغاً معيناً بالعملة المحلية لبلد الوفاء ، ونظم أحكام شيكات المسافرين قانون مراقبة العملة الأجنبية رقم ٩٥ لسنة ١٩٦٦ حيث تضمنت التعليمات الصادرة بموجبه شروط تداول شيكات المسافرين كوسيلة للدفع بالعملة الأجنبية **على النحو التالي:**

١- يسمح بإدخال شيكات المسافرين إلى المملكة بدون قيود أو حدود. المادة ٧٠.

٢- يسمح لكل شخص مغادر المملكة بإخراج شيكات المسافرين التي أصدرتها البنوك المرخصة أو الأشخاص المرخصين من الفئة الأولى لصالحه وفقاً لأحكام هذه التعليمات وتعليمات أعمال الصرافين. المادة ٩.

٣- أ- يصرح للأشخاص غير المقيمين بإخراج شيكات المسافرين إذا كانت بحوزتهم وصرحوا بها رسمياً عند دخولهم المملكة.

---

(١) د. محسن شفيق: الأوراق التجارية ط١ في عام ١٩٥٤ بند ٩٤٧.

(٢) انظر في هذه التعريفات ، بحثاً متخصصاً اعده الدكتور التكروري: بعنوان شيك المسافرين وقدمه رسالة للدكتوراه في جامعة القاهرة عام ١٩٨٢.

ب- يسمح للزوار الأجانب بإخراج شيكات المسافرين مقابل حوالات وردتهم من الخارج أو مقابل بيعهم أوراقاً نقدية أجنبية إلى البنوك المرخصة (والأشخاص المرخصين من الفئة الأولى). المادة ١٠.

وهكذا فإن هذه النصوص لا تفي بغرض بيان أحكام هذا النوع من الشيكات لذلك فإنه يسري عليها ذات الأحكام التي تسري على الشيكات العادية[1]، ونشير إلى أن هناك خلافاً في الرأي حول التكييف القانوني الذي ينطبق على هذا النوع من الشيكات فالبعض اعتبرها سندات أمر ويفسرون ذلك بأن الساحب والمسحوب عليه هما شخص واحد، أي أن الورقة لا تتضمن أمراً بالدفع بل تعهداً بالوفاء، ويعتبرها البعض الآخر وهو الرأي الراجح بأنها شيكات صحيحة تخضع لأحكام الشيك وفي مقدمتها تمليك حامله مقابل الوفاء.

ونرى أن هذه الصكوك هي شيكات صحيحة ويتعين أن يرعاها المشرع بتنظيم قانوني سيما وقد استقر عليها التعامل في العرف المصرفي وكثر استعمالها في الداخل والخارج.

---

(١) انظر د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٣٠٦ ويقول: "وهي من قبيل الشيكات الدائرة التي تستحق الدفع في جميع فروع البنك أو لدى مراسليه".

لم يتطرق قانون جنيف الموحد إلى هذا النوع من الشيكات.



الباب الثالث

الشركات التجارية



الباب الثالث
الشركـــات التجاريـــة

تمهيد:

صدر قانون الشركات الأردني رقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ بتاريخ ١٩٩٧/٥/١٥ وتضمن أحكاماً وردت في ٢٨٦ مادة بحيث تحدث في المواد من ١ ـ ٧ عن التعريف بالقانون والأحكام العامة الواردة فيه، وتحدث في الفصل الأول والثاني والثالث عن تأسيس شركة التضامن وتسجيلها وإدارتها وانقضائها وذلك في المواد من ٨ ـ ٤٠، في حين تحدث في الباب الثاني عن شركة التوصية البسيطة في المواد من ٤١ ـ ٤٨، كما تحدث في الباب الثالث عن شركة المحاصة في المواد من ٤٩ ـ ٥٢، وفي الباب الرابع تحدث عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة في المواد من ٥٣ ـ ٧٦، وفي الباب الخامس تحدث عن شركة التوصية بالأسهم في المواد من ٧٧ ـ ٨٩.

أما الشركة المساهمة العامة فجاء الحديث عنها بشكل أوسع في الباب السادس في المواد من ٩٠ ـ ١٩١، كما جاء الحديث في قانون الشركات عن أنواع أخرى من الشركات في المواد من ٢٠٤ ـ ٢٥١ وهذه الشركات هي الشركة القابضة وشركة الاستثمار المشترك والشركة المعفاة والشركة الأجنبية وشركات المقر ومكاتب التمثيل، وفي عام ٢٠٠٢ استحدث المشرع نوعاً من الشركات اطلق عليه الشركة المساهمة الخاصة ونظم هذا النوع بالمواد ٦٥ ـ ٨٩ مكرر[1].

ومجمل القول أن قانون الشركات يتحدث عن الشركات التجارية باعتبارها من بين أهم ما يلزم توضيحه لرجال الأعمال والمستثمرين.

هذا ونقدم للحديث عن الشركات التجارية بما مفاده: أن لجوء أصحاب الأموال لاستثمار أموالهم في شركات عامه وخاصة كان بسبب العيوب التي شابت المشروعات الفردية، ذلك أن هذه المشروعات تختلط فيها أموال الشخص الخاصة بالأموال المخصصة للتجارة مما يترتب عليه ضياع مميزات استقلال الذمة المالية في مواجهة الغير

---

(١) أنظر القانون المعدل لقانون الشركات رقم ٤ لسنة ٢٠٠٢.

أو بخصوص صاحب المشروع نفسه، ناهيك عن المسؤولية التي تقوم على عاتق صاحب المشروع الفردي باعتبارها غير مقتصرة ولا محدودة في رأس مال المشروع بل تمتد إلى جميع أمواله، بالإضافة إلى ما يمكن أن يطاله من نتائج المسؤولية الجزائية كما في حالة الإفلاس بالإهمال أو بالغش "الإفلاس التقصيري".

ولجأ الأفراد إلى الانضمام إلى شركات تجميع الأموال منذ زمن بعيد، عندما ظهرت قواعد تكوين الشركات في شريعة حمو رابي أي قبل حوالي ألفي سنة ق.م، كما عرف القانون الروماني الشركة وأظهرت قواعده بجلاء فكرة الشخص المعنوي.

وابتداء من القرن الثاني عشر انتشرت فكرة الشركة في إيطاليا على شكل شركة تضامن، بحيث أصبح الأفراد من أصحاب المشروعات الصغيرة يؤسسونها ويتحملون المسؤولية عن خسائرها وديونها في مواجهة الغير بأموالهم الخاصة.

وظهرت بعد ذلك فكرة للشركة تماثل شركة التوصية والتي تقوم على أساس من تقديم شخص المال لآخر لاستغلاله بمقابل، ويكون لصاحب المال حق مراقبة إدارة المال، واصطلح على هذا النوع من التعامل بنظام الترست[1] وهو نظام يقدم بمقتضاه الأشخاص أموالهم إلى آخر يسمى الأمين ليستغل هذه الأموال لمصلحة أصحابها، ويكون تقديم المال لهذا الأمين على أساس من نقل ملكية المال إلى الأمين ليصبح هو صاحب المال القانوني، فيما يبقى للمالك الحقيقي صفة المستفيد.

وبمنتصف القرن السابع عشر ظهرت الشركات في فرنسا وهي الشركة العامة "التضامن" وشركة التوصية، فيما ظهرت شركات شبه مساهمة عامة تساهم فيها الدولة في القرن الثامن عشر، والمتتبع للتطور التاريخي للشركات يجد أنها نوعان تجارية ومدنية، والتجارية منها كانت بعدة أشكال كشركة الأموال وشركة الوجوه " شركة الأشخاص" وشركة الأعمال[2].

---

(١) انظر د. حسني المصري. فكرة الترست وعقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة. ط٨٥. ص٢٣.

(٢) انظر د. علي حسن يونس. الشركات التجارية. ط٩٠.ص٤، د. عبد الشخانبة. النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية. ط٩٢.ص١٠.

كما ظهر نوعان من الشركات، هما شركات الأشخاص وشركات الأموال وهذا التقسيم ورد في قانون الشركات الأردني لعام ٦٤ والذي بقي ساري المفعول حتى عام ١٩٨٩ عندما الغي من قبل القانون المؤقت رقم ٢٢ لسنة ٩٧.

وبخصوص القواعد القانونية التي تصدت إلى تنظيم موضوع الشركات فجاءت بالقانون الصادر عام ٩٧ وتضمن ٢٨٦ مادة موزعه على خمسة عشر باباً بحيث تحدثت التعريفات والأحكام العامة فيه عن تأسيس شركة التضامن وإدارتها وأحكامها وعن شركة التوصية البسيطة وشركة المحاصة والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة التوصية بالأسهم والشركات المساهمة العامة، وتصدت هذه الأحكام إلى الشركة القابضة وشركة الاستثمار المشترك والشركة المعفاة وكذلك تحول الشركات واندماجها والشركات الأجنبية بالإضافة إلى تصفية الشركات والرقابة عليها والعقوبات التي تضمنتها أحكام قانون الشركات.

كما جاء المشرع بتعديل لقانون الشركات عام ٢٠٠٢ بحيث أضاف نوعاً جديداً من الشركات أطلق عليه الشركة المساهمة الخاصة وقنن أحكامها في المواد "٦٥مكررة - ٨٩ مكررة".

وهكذا سيكون حديثنا في هذا الباب موزعاً في خمسة فصول نخصص الأول للحديث عن الأحكام القانونية العامة للشركات تحت عنوان النظام القانوني للشركات، ونخصص الفصل الثاني للحديث عن شركة التضامن، والفصل الثالث عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، والفصل الرابع عن الشركات المساهمة العامة، أما الفصل الخامس فسنتحدث فيه عن أنواع أخرى من الشركات هي شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم وشركة المحاصة وشركة المساهمة الخاصة.



الفصل الأول
النظام القانوني للشركات

يعني النظام القانوني للشركات مجموعة الأحكام القانونية العامة والخاصة التي تبين أركان قيامها باعتبارها من العقود الرضائية، وكذلك الأحكام التي تعنى بوضع ضوابط سير عمل هذه الشركات ابتداء من فكرة تأسيسها ولحين تصفيتها، ونتحدث في موضوع النظام القانوني للشركة على النحو الذي تضمنه القانون المدني، ذلك لأن قانون الشركات لم يتصد لهذا الموضوع تاركاً أمر تنظيم قواعد تأسيس الشركة إلى الأحكام العامة كما وردت في القانون المدني.

ومع ذلك تضمن قانون الشركات في المواد ١ ـ ٨ مفردات وعناوين اصطلح عليها بالتعاريف والأحكام العامة، فأوضح معنى بعض المصطلحات الواردة في القانون، حيث جاء في المادة ٢ تعريف الوزارة والوزير والمراقب ومتعهد التغطية ومدير الإصدار والمحكمة والسوق والبنك ونظام الشركة.

وفي المادة الثالثة أوضح المشرع أن أحكام قانون الشركات تنطبق على الشركات التي تمارس الأعمال التجارية والمسائل الواردة فيه، وحدد القانون الواجب التطبيق عند عدم وجود نص في هذا القانون على نحو تطبق أحكام قانون التجارة، وعند عدم وجود نص فتطبق أحكام القانون المدني وإلا فيطبق العرف التجاري والاسترشاد بالاجتهاد القضائي والفقهي وقواعد العدالة.

كما تضمنت الأحكام العامة كيفية تأسيس الشركة وتاريخ اعتبارها شخصاً اعتبارياً وشروط التأسيس والقرار الصادر بالموافقة على التأسيس والطعن به في المادتين ٤، ٥ أما في المادة ٦ فأوضح المشرع أن الشركات خمسة أنواع هي:

١- شركة التضامن.
٢- شركة التوصية البسيطة.
٣- الشركة ذات المسؤولية المحدودة.
٤- شركة التوصية بالأسهم.

٥- الشركة المساهمة العامة.

بالإضافة إلى نوع آخر من الشركات ورد ذكره في الباب الثالث تحت عنوان شركة المحاصة، ونظمت أحكامها بالمواد من ٤٩ ـ ٥٢ كما أورد المشرع طائفة من الشركات نظم أحكامها بالمواد ٢٠٤ ـ ٢١٤ و ٢٤٠ ـ ٢٤٤ وهي الشركة القابضة وشركة الاستثمار المشترك والشركة المعفاة والشركات الأجنبية بنوعيها العاملة في المملكة وغير العاملة فيها وهي شركات المقر ومكاتب التمثيل، بالإضافة إلى نوع جديد ورد النص عليه بالتعديل الذي طرأ على قانون الشركات عام ٢٠٠٢ وسمي الشركة المساهمة الخاصة.

ونناقش في هذا الفصل أركان عقد تأسيس الشركة والقواعد القانونية الناظمة للشركات التجارية في مبحثين.

المبحث الأول
أركان عقد تاسيس الشركة

البند الأول: الأركان الموضوعية العامة

الشركة هي: عقد يتم بين اثنين فأكثر وفق ما نصت عليه المادة (٥٨٢) من القانون المدني، وبهذا المفهوم يتعين أن تتوافر في العقد الأركان العامة لانعقاده بما يعني ضرورة توافر الإيجاب والقبول بناء على رضاء الأطراف وكذلك محل العقد وسببه.

لذلك يكون الحديث عن الأركان الموضوعية العامة موجهاً نحو الرضا والأهلية كركن أول والمحل كركن ثان والسبب كركن ثالث[1].

أولاً: الرضا والأهلية

يشترط أن يتمتع كل طرف في عقد الشركة بالأهلية اللازمة لمباشرة التصرفات القانونية وهي ما ورد حكمها بالمادة (١١٦) التي نصت على أن: كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون، وهذا الحكم محال عليه بمقتضى نص المادة (١٥) من قانون التجارة عندما ورد على النحو التالي:" تخضع الأهلية التجارية لأحكام القانون المدني ".

وهذه الأهلية تضمنها حكم المادة (٤٣) من القانون المدني الذي ورد بالنص التالي:

"كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية، وسن الرشد هي ثمان عشرة سنة شمسيه كاملة، وعلى أساس من ذلك فإن من أكمل سن الثامنة عشرة من عمره أو الخامسة عشرة وكان

---

(١) أنظر في عقد تكوين الشركة د. علي العريف. شرح القانون التجاري ط٥٩ ص٢٢، د. محمد كامل أمين ملش ـ موسوعة الشركات ـ ط٩٨٠ ص٦، د. عزيز العقيلي. الشركات التجارية في القانون الأردني. ط٩٥ ص٣٠، د. الياس ناصيف. الكامل في قانون التجارة ـ الشركات التجارية ـ ج٢ ط٢ ص١٧.

مأذوناً له بممارسة التجارة يكون ذا أهليه تجاريه ويمكنه أن يتحمل آثاراً اتجاه إرادته نحو الالتزام مع باقي الشركاء بالنتائج التي تنتهي إليها الشركة".

وتسلب الأهلية أو يحد منها بحكم القانون كالصغر والجنون والحجر، أما الرضا فيشوبه عيوب في بعض الأحيان على نحو يفسد إرادة المتعاقد أو يعدمها وهي الإكراه، والتغرير والغبن، والغلط.

أما الرضا كما تحدثت عنه أحكام القانون المدني فيعني صدوره عن المتعاقد سليماً صحيحاً غير مشوب بأي عيب من العيوب، ويتعين أن يتم هذا الرضا بشكل معين مفاده التوقيع على عقد تأسيس الشركة، وهذا يعني أن مفاوضات التأسيس لا تعني إيجاباً أو قبولاً بل تبقى مجرد وعد بتأسيس شركة. هذا ويجب أن يتم رضاء الأطراف على تأسيس شركة حقيقية لا وهمية.

ثانياً: المحل

نعني بالمحل كركن من أركان قيام الشركة، ذلك الموضوع الذي انتهت المفاوضات بشأنه لغايات إبرام العقد، وهو بمقتضى القانون المشروع المالي الذي اشترك من أجله أطراف العقد وخص الشركاء حصصاً فيه، وبمعنى أدق هو الموضوع الذي سيوجه إليه نشاط الشركة.

وبخصوص محل الشركة كركن لإنشائها يجب أن يكون مشروعاً وممكناً بما يعني أن لا يكون مخالفاً للنظام العام والآداب، ويفرض ذلك أن محل عقد الشركة لا يجوز أن يكون بقصد الاتجار بالمخدرات ولا لتهريب السلاح أو البضائع الممنوعة ولا لإدارة محال الدعارة والقمار وإلا كانت الشركة باطله.

ثالثاً: السبب

سبب عقد الشركة هو الغرض المباشر من إنشاء الشركة كما اتجهت إليه إرادة الشركاء، وهو ما ينصب عليه الحديث لغايات إبرام العقد أثناء المفاوضات، ويجب أن يكون سبب العقد مشروعاً لا يخالف النظام العام أو الآداب العامة، ويختلف السبب في عقد الشركة المتعلقة بغرض إنشائها عن سبب التزام كل شريك عندما اتجهت إرادته إلى الدخول كشريك بقصد تحقيق الربح.

وعليه يكون سبب الشركة، هو الغرض من إنشائها وقد يكون السبب أغراضاً متعددة مترابطة متجانسة أو غرض رئيس واحد تقوم معه أغراض مكمله مساعده.

البند الثاني: الأركان الموضوعية الخاصة

خص قانون الشركات عقد الشركة ببعض الخصائص على نحو ميزه عن غيره من العقود، وهي ضرورة تعدد الشركاء ونية المشاركة والمساهمة في رأس المال واقتسام الأرباح والخسائر، ونتحدث عن هذه الخصائص باعتبارها تمثل الأركان الموضوعية الخاصة بعقد الشركة في الفقرات التالية:

أولاً: تعدد الشركاء

يشترط لانعقاد عقد الشركة وجود شخصين أو أكثر وفق نص المادة ٥٨٢ من القانون المدني الذي ورد كما يلي:

"الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة".

ومع ذلك فإن القاعدة العامة المتعلقة بتعدد الشركاء والمتعلقة بالشركات قد ورد عليها الاستثناءات التي تحدثت عنها المادة ٩٠ بخصوص شركه التضامن على النحو التالي:

"تتألف شركه التضامن من عدد من الأشخاص الطبيعيين لا يقل عن اثنين ولا يزيد عن عشرين إلا إذا طرأت الزيادة على ذلك نتيجة للإرث".

والمادة ٧٧ الباحثة في شركة التوصية بالأسهم التي اشترطت أن لا يقل عدد الشركاء المتضامنين فيها عن اثنين وعدد الشركاء الموصين عن ثلاثة على النحو التالي:

"تتألف شركة التوصية بالأسهم من فئتين من الشركاء هما:

أ- الشركاء المتضامنون لا يقل عددهم عن اثنين يسألون في أموالهم الخاصة عن ديون الشركة والالتزامات المترتبة عليها.

ب- الشركاء المساهمون لا يقل عددهم عن ثلاثة ويسأل كل شريك منهم بمقدار مساهمته عن ديون الشركة والتزاماتها".

بالإضافة إلى الاستثناء الذي نعتبره طارئاً على التشريع الأردني بخصوص إمكانية تأسيس شركة من شخص واحد " شركة الشخص الواحد " المنصوص عليها بالمادة ٥٣/ب من قانون الشركات، وهذا الاستثناء ورد على القاعدة العامة التي تقرر تعدد الشركاء في عقد الشركة ذات المسؤولية المحدودة كما هو حكم المادة ٥٣ من قانون الشركات الوارد على الشكل التالي:

" أ- تتألف الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخصين أو اكثر وتكون مسؤولية الشريك فيها عن ديونها والالتزامات المترتبة عليها وخسائرها بمقدار حصته في رأسمالها.

ب- يجوز للوزير بناء على تسبيب مبرر من المراقب الموافقة على تسجيل شركه ذات مسؤولية محدودة تتألف من شخص واحد".

وبخصوص هذه الشركة فنظمها المشرع الأردني لأول مرة بالقانون رقم ٧٢ لسنة ١٩٩٧ وأطلق على هذه الشركة المشروع الفردي محدود المسؤولية، وأخذ بهذا النظام بعض التشريعات الغربية مثل التشريع الألماني والفرنسي وورد حكم مشابه في التشريع العراقي[1].

ويتميز نظام شركه الشخص الواحد بأنه ينقذ الشركات التي تتجمع فيها الحصص في يد شريك واحد من حلها وتصفيتها، ويقوم صاحب المشروع الفردي "شركة الشخص الواحد" بإدارته بنفسه وله حق تعيين مدير بأجر، وأسس المشرع الفرنسي نظام المشروع الفردي "محدود المسؤولية" على فكرة الشخصية المعنوية وليس على فكرة ذمة التخصيص.

وهذا النظام يحقق فائدة عملية لصاحب المشروع الفردي وللمتعاملين معه، ذلك انه ما من شك أن الشخص في بداية عمله التجاري يفضل أن تكون مسؤوليته محدودة

(١) أنظر المرجع السابق.ص١٥، وقارن د. محمد توفيق السعودي. تعبير الشكل القانوني للشركات ذات المسؤولية المحدودة. رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة. سنة ١٩٨٨، ص٢١. وراجع د. محمد بهجت فايد. شركة الشخص الواحد. ط٦٠ص١٥، وانظر د. ناريمان عبد القادر، شركة الشخص الواحد، رسالة دكتوراه. جامعة القاهرة. ط٩٢. ص٢٧.

بقدر معين من ذمته المالية خشية الفشل وما يترتب عليه من آثار قد تؤدي بكامل ذمته المالية لو كانت مسؤوليته غير محدودة.

وفيما يتعلق بالمتعاملين مع صاحب المشروع الفردي فإنهم لا يغامرون بالتعامل إلا بالحدود التي يقف عندها صاحب المشروع ومقدار الذمة المالية التي خصصها لمشروعه من حيث رأس المال الذي أفرده لتجارته في المشروع.

أما بخصوص الأشخاص الذين يساهمون في تأسيس الشركة فإنه بمقتضى القاعدة العامة يحق للشخص الطبيعي والمعنوي أن يكون شريكاً في الشركة، ومع ذلك أورد المشرع استثناء على هذه القاعدة عندما منع أن يكون الشخص الاعتباري شريكاً في شركة التضامن حيث ورد نص المادة (٩) بما يلي:

"تتألف شركة التضامن من عدد من الأشخاص الطبيعيين لا يقل عن اثنين ولا يزيد على عشرين إلا إذا طرأت الزيادة على ذلك نتيجة للإرث".

وورد هذا الاستثناء كذلك بشأن الشريك المتضامن في شركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم وفق نص المادتين (٤٨، ٨٢) من قانون الشركات في حين بقي النص مطلقاً فيما يتعلق بباقي الشركات بما يعني انه من الجائز أن يكون المؤسسون أو المساهمون للشركات الأخرى من الأشخاص الاعتبارين.

ثانياً: نية المشاركة

عندما تتجه إرادة الشخص إلى السعي لتحقيق غرض معين من خلال مشاركته مع آخرين، فلا بد أن يتعاون بشكل إيجابي لتحقيق ذلك الغرض على نحو يمثل قصد المشاركة عنصراً معنوياً عند كل شريك بهدف إنشاء المشروع وتحقيق أهدافه، ومن مظاهر النشاط عند الشركاء ظهور رغبتهم لإدارة المشروع والإشراف على سيره[1].

والمشاركة الواجب توافرها بالصورة الإيجابية هي مراقبة أعمال الشركة وإبداء الرأي في مشاريعها من خلال اجتماعات مجالس إدارتها او هيئاتها العامة، ويختلف مقدار تعاون الشريك باختلاف الشكل القانوني للشركة فيما إذا كانت شركة

---

(١) انظر في نية المشاركة. د. ابو زيد رضوان. شركات المساهمة. ط١٩٨٣. ص٢٦، واوضح كيف ان نية المشاركة تضاءلت ليحل محلها شخصية المضارب بحيث اصبح المساهم يبدو وكأنه دائن للشركة "دائن عابر" او هو دائن من الدرجة الثانية.

تضامن أو شركة ذات مسؤولية محدودة أو شركة توصيه أو مساهمه عامه، ذلك أن المظهر الإيجابي لتعاون الشركاء يظهر في شركه التضامن أكثر مما يظهر في أنواع أخرى من الشركات.

ولعل نية المشاركة يكون القصد منها توجه إرادة الشريك للانضمام إلى غيره من الشركاء عند تأسيس الشركة أي عند إبرام العقد، ونرى أن انتفاء نية اتحاد إرادة الشخص مع غيره في عقد الشركة تنفي نية المشاركة عند هذا الشخص، ولا يجعل العمل المشترك فيما بينهما شركة، فضلاً عن أن انتفاء هذه النية عند أحد الأشخاص الذين وقعوا عقداً لا تجعل العمل فيما بين أطراف هذا العمل هو عقد شركة، ولا يجعل العمل ضمن نطاق الشركة الفعلية التي تعتبر قائمه فيما بين الشركاء كتلك التي لا يتم تسجيلها وفق أحكام القانون، وتترتب آثار العقد على أساس وجود شركه فعليه واقعية لم تسجل، لأن انتفاء نية المشاركة كركن من الأركان الموضوعية الخاصة، لا يترتب عليه وجود شركة فعلية.

وهكذا فإن نية المشاركة تعد أساساً لتميز عقد الشركة عما يتشابه معه من العقود الأخرى، مثل حالة الشيوع بين الشركاء ونظام الجمعيات وعقود المرابحة والوكالة بالعمولة وعقد العمل، وعقد القرض وعقد إيجار المحل التجاري، ذلك أن عدم توافر قصد المشاركة لدى المقرض، يبعده عن عقد الشركة حتى لو اشترط القرض مشاركة المقترض في الأرباح كمقابل لإقراض المبلغ المتفق عليه، أما إذا كان للمقترض صلاحية الإدارة الفعلية لسير المشروع ورقابة فعالة فإنه يعتبر شريكاً في عقد الشركة[1].

---

(١) أنظر د. محمود سمير الشرقاوي. الشركات التجارية في القانون المصري. ط٨٦. ص٣٧. ويرى ان نية المشاركة هي المعيار المميز للشركة عما يشتبه بها كالشيوع وعقد القرض مع المشاركة في الإرباح، إذ إن مناط التمييز بين عقد العمل وعقد الشركة هو تبعية العامل وخضوعه لرب العمل، وقضت بعض المحاكم على ان علاقة الخضوع او التبعية التي تجمع العامل برب العمل هي معيار التفرقة بين عقد العمل وعقد الشركة الذي يقوم على نية المشاركة بين الشركاء وهي تفيد تضافر الجهود على قدم المساواة.

وكذلك فإن عدم توافر نية المشاركة لدى المؤجر للمحل التجاري يبعده عن عقد الشركة حتى ولو اشترط اقتسام الأرباح مع المستأجر، أما إذا اشترك في إدارة المحل بصورة فعلية فإنه يعتبر شريكاً في شركة.

وبخصوص عقد العمل فإنه يتشابه مع عقد الشركة إذا اشترط العامل حصوله على نسبة من الأرباح أو كان راتبه نسبه من الأرباح، ومع ذلك لا نكون بصدد عقد شركه حتى ولو كان العامل يحصل على نسبة من الأرباح أو كان له حق الإطلاع على الدفاتر.

ثالثاً: المساهمة في رأس المال

يمثل رأس المال عنصراً أساسياً وضرورياً لتأسيس الشركة، ويتعين على من تتجه إرادته إلى المشاركة في عقد الشركة أن يسهم في تحقيق أغراضها من خلال التزامه بالمساهمة في رأسمالها بحصة يتعهد تقديمها، ولا تعد حالة التعاون فيما بين مجموعه من الأشخاص لإنجاز عمل معين شركة كما إذا تعاون شخصان على حماية مصالحهما في نشاط أو مهنه[1].

وتنص بعض التشريعات على شروط تتعلق برأس المال لكل نوع من أنواع الشركات "يشترط قانون الشركات لعام (٩٧) أن لا يقل رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن ثلاثين ألف دينار وأن لا يقل رأس مال شركة التوصية بالأسهم عن مائة ألف دينار وأن لا يقل رأس مال الشركة المساهمة العامة عن خمسمائة ألف دينار".

كما تشترط بعض التشريعات عند تأسيس بعض أنواع الشركات أن يكون رأس مالها نقداً أو يكون جزء منه نقداً، بما يعني عدم جواز قيام الشركات بحصص عينية فقط، وبهذا نجد أن حصص الشركاء وفق قانون الشركات تكون بصور متعددة، والصورة الغالبة منها الحصة النقدية وتمثل مشاركة الشريك بمبلغ معين من المال ويلزم بدفع هذا المبلغ في ميعاد متفق عليه بمقتضى عقد تأسيس الشركة.

---

(١) انظر المرجع السابق.ص٣٠.

وهناك صور أخرى للحصص وهي الحصة العينية التي تمثل مالاً منقولاً أو عقاراً، كان يقدم الشريك ماكينات أو أدوات أو عدد أو قطعة ارض أو منزل، وتكون الحصة العينية مالاً معنوياً كان يقدم الشخص براءة اختراع أو علامة تجاريه أو رسم أو نموذج صناعي أو محل تجاري[1].

ويجب أن يظهر بوضوح أن الشريك تقدم بحصة عينيه وان نية المشاركة عند الشركاء اتجهت إلى قبول حصة أحدهم مساهمه عينيه منه في رأس مال الشركة، لأن تقديم هذه الحصة يفيد قصد تملك الشركة لهذا المال بما يخرجه من ملكية الشريك ليستقر في ذمة الشركة لتصبح في الضمان العام لدائني الشركة، ويتعين أن يقوم هذا الشريك بإجراءات نقل الملكية إلى الشركة حتى يمكن الاحتجاج بها في مواجهة الغير، فإذا كانت الحصة عقاراً وجب نقل ملكيته لدى دائرة تسجيل الأراضي وإن كان محلاً تجارياً أو براءة اختراع أو علامة تجاريه وجب نقل ملكيتها بالتأشير عليها لدى الدوائر المختلفة في وزارة الصناعة والتجارة.

كما يفيد تقديم الحصة في تقرير حق انتفاع عيني على حصة يملكها الشريك بما يعني بقاء ملكية تلك الحصة لمالكها الشريك ويستردها عند انقضاء الشركة، ولا يجوز للشركة التصرف فيها، ولا لدائنيها إيقاع الحجز عليها، وهو ما يتضمن أن تقديم الحصة إلى الشركة كان لأجل الانتفاع بها، ويفيد تقديم الحصص أيضاً في تقرير حق انتفاع شخصي على حصة يملكها الشريك، وذلك عندما يكون القصد من الانتفاع تقرير حق شخص يتمثل في الانتفاع بالعين المقدمة دون ترتيب أي حق عيني للشركة عليها، كحق التأجير الذي تقدر فيه حصة الشريك بقيمة إيجار الشيء المقدم إلى الشركة.

وهكذا فإن الأصل في الحصة العينية أن تقدم على سبيل التمليك ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك بحيث تبقى الحصة المقدمة للشركة بغير صورة التمليك تحت تصرف الشركة للانتفاع بها، ويلتزم الأخير بردها بعد انقضائها سواء أكانت هذه الحصة تتمثل في تقرير حق انتفاع عيني أو تقرير حق انتفاع شخصي.

---

(١) انظر في أنواع الحصص. المرجع السابق.ص٣٢.

وتنص التشريعات المقارنة على قيود خاصة بالحصص العينية لجهة كيفية احتساب قيمتها أو منفعتها حتى لا يكون هناك مبالغه في تقدير قيمتها ، وتضمن قانون الشركات نصوصاً تتعلق بكيفية تقدير قيمة الحصة العينية ، بما يعني أن الشركة تخضع إلى رقابة لجنة تابعة لوزارة الصناعة والتجارة تكون مهمتها تحديد قيمة الحصة العينية ، وهناك صوره للحصة التي يساهم بها الشريك وتكون بالعمل بحيث لا يقدم الشريك حصة نقدية ولا عينيه ، ويكتفي منه بأن يقوم بعمل محدد لحساب الشركة تنتفع به ، وعمل الشريك بهذه الصورة يكون في غالب الأحيان خبرته أو علمه أو فنه أو إدارته.

وأجازت المادة ٢/٥٨٦ من القانون المدني أن تكون حصة الشريك عملاً يوجب عليه أن يقوم بالخدمات التي تعهد بها في العقد ، على نحو لا يعتبر العمل التافه وغير المشروع حصة يقرها التشريع بما يعني أنه لا يجوز أن تتمثل مساهمة الشريك بعمل ضئيل وقليل الأهمية أو بنفوذه السياسي.

ويتكون رأس مال الشركة من مجموع الحصص النقدية والعينية التي يتقدم بها الشركاء ويمثل الضمان العام لدائنيها ، أما حصص العمل فلا تصلح أن تكون ضماناً للدائنين وبالتالي لا تدخل ضمن رأس مال الشركة.

رابعاً: اقتسام الأرباح والخسائر

يتميز عقد الشركة بأن آثاره تعود على الشركاء فيما يتعلق بالأرباح والخسائر ، وتعد مساهمه الشركاء في اقتسام الأرباح والخسائر أحد أركانها ، ويترتب على عدم توفره بطلان الشركة ، وتنص التشريعات على كيفية توزيع الأرباح والخسائر وتتميز الشركة بهذه الخصيصة عن الجمعية ، ويعتبر عقد الشركة الذي يتضمن شرط الأسد باطلاً.

وشرط الأسد: هو اتفاق الشركاء على إعفاء أحدهم من خسائر الشركة ، أو حرمان أحدهم من الربح أو إعطاء أحدهم كل الربح، على أنه لا يمتنع توزيع الأرباح بنسب متساوية أو غير متساوية وفق اتفاق الشركاء ، وعند سكوت الشركاء عن بيان نصيب كل واحد من الأرباح يكفل القانون كيفية توزيع الأرباح والخسائر ، والقاعدة

العامة هي توزيع الأرباح والخسائر بنسبة نصيب كل شريك في رأس المال "المادة ٢/٥٨٧ مدني" ومع ذلك لا يجوز أن يتضمن عقد التأسيس شرطاً يعطي أحد الشركاء قدراً مقطوعاً من الربح ويبطل الشرط الذي يتضمن ذلك "المادة ٥٨٨ مدني".

هذا ومن بين الأركان الموضوعية الخاصة لقيام الشركة بمقتضى عقد إبرامها أن يتقاسم الشركاء فيها الأرباح والخسائر، بمعنى أن يكون لكل واحد نصيب من الأرباح ونصيب من الخسائر، ولا يفهم من ركن اقتسام الأرباح والخسائر أن يكون ذلك بالتساوي فيما بين الشركاء، لأن الاتفاق فيما بين الشركاء على اختلاف نسب الأرباح والخسائر فيما بينهم جائز، ولا تفقد الشركة أي ركن أو خصيصة لها بتقرير اتفاق توزيع الأرباح والخسائر بنسب مختلفة، إذ يجوز اشتراط توزيع الأرباح والخسائر فيما بين الشركاء بنسبة تختلف عن نسبة حصصهم في رأس المال، كما يجوز الاتفاق على أن يساهم الشريك في الخسائر بنسبة أقل من نسبة مساهمته في رأس مال الشركة[1].

وتضمن نص المادة ٥٨٨ من القانون المدني عدم جواز اتفاق الشركاء على أن يكون لأحدهم قدر مقطوع من الربح ويعتبر الشرط على هذا النحو باطلاً، وحكمة المشرع في ذلك أن تقرير حصة مقطوعة لأي شريك يتنافى مع طبيعة الشركة التي تؤسس على المشاركة في الربح والخسارة وعدم استثناء أي من الشركاء في الربح، ويبطل الشرط ويبقى عقد الشركة صحيحاً على ما ورد بنص المادة ٥٨٨ كما يلي:

" لا يجوز أن يتفق الشركاء في العقد على أن يكون لأيهم قدر مقطوع من الربح ويبطل الشرط على أن يتم توزيع الربح طبقاً لحصة كل منهم في رأس المال".

أما بخصوص شرط حرمان أي من الشركاء من الربح أو لا يساهم في خسائرها، فإن عقد الشركة يبطل مع جواز الاتفاق على إعفاء الشريك من الخسارة إذا كانت مساهمته في رأس مال الشركة هو عمله بشرط أن لا يكون له أجر مقابل العمل وورد النص بالمادة ٥٩٠ من القانون المدني بما يلي:

---

(١) انظر في تقسيم الأرباح والخسائر وشرط الأسد، د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص٢٩، ود. محمد كامل ملش. ط٧٩.ص٢٠.

"أ- إذا اتفق في العقد على أن أحد الشركاء لا يفيد من أرباح الشركة ولا يساهم في خسائرها كان عقد الشركة باطلاً.

ب- غير أنه يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر بشرط أن لا يكون قد تقرر له أجر عن عمله".

واتجه المشرع بخصوص توزيع الأرباح والخسائر فيما بين الشركاء توجهاً من خلال عدة معايير تضمنتها أحكام المواد ٥٨٧ ، ٥٨٨ ، ٥٨٩ ، ٥٩٠ مدني، وتنص المادة ٥٨٧ على أنه: "يتعين توزيع الأرباح والخسائر على الوجه المشروط في العقد، وإذا لم يبين في عقد الشركة نصيب كل من الشركاء في الأرباح والخسائر فإنه يتعين توزيعها بنسبة حصة كل منهم في رأس المال ".

كما نصت المادة ٥٨٩ على أنه: "إذا كانت حصة الشريك مقصورة على عمله وجب أن يقدر نصيبه في الربح تبعاً لما تفيده الشركة من هذا العمل فإذا قدم فوق عمله نقوداً أو أي شيء آخر كان له نصيب عن عمله وآخر عما قدمه من مال".

وأكد هذه الأحكام كما وردت في القانون المدني نص المادة ١٦ من قانون الشركات لعام ٩٧ الذي تضمن حكماً مفاده أنه: يجوز أن يحدد عقد شركه التضامن حقوق الشركاء والالتزامات المترتبة عليهم وبحالة عدم النص على كيفية توزيع الأرباح والخسائر فإنه يتم توزيعها بين الشركاء بنسبة حصة كل منهم في رأس المال، كما أجازت الفقرة ب من نفس المادة للشركاء في شركات التضامن الاتفاق على تغيير أو تعديل حقوقهم والالتزامات المترتبة عليهم تجاه بعضهم بموجب عقد الشركة أو في أي وثيقة أخرى بشرط أن يخضع لأحكام التسجيل والنشر في الجريدة الرسمية.

وتضمن نص المادة ٥٧ فقره ج من قانون الشركات حكماً بشأن الشركات ذات المسؤولية المحدودة يتضمن وجوب تحديد كيفية توزيع الأرباح والخسائر على الشركاء وأن يتضمن نظام الشركة بيان تلك الكيفية.

البند الثالث: الأركان الشكلية في عقد الشركة

الكتابة وإجراءات تسجيل الشركة والإعلان عنها بالنشر شروط شكليه يجب توافرها حتى يمكن الاحتجاج بعقد تأسيسها، ذلك أن المشرع اشترط أن يكون عقد الشركة مكتوباً على نحو ما ورد في المادة ٥٨٤ من القانون المدني التي نصت على أنه:"يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً"، والكتابة كما تطلبها المشرع رسميه لأنه أجاز توقيع العقد من الشركاء مع بيان يوقعه كل منهم أو من يفوضه شخصياً أمام مراقب الشركات أو أمام كاتب العدل أو أحد المحامين المجازين بممارسة مهنة المحاماة، وعلى هذا تكون الكتابة رسمية، وحكمة المشرع فيما ابتغاه من كتابة عقد الشركة هو النتيجة التي تترتب على قيام الشركة لجهة ظهور شخصية مستقلة عن شخصية الشركاء فيها وكذلك الذمة المالية، ومع ذلك فإن عدم كتابة عقد الشركة لا يؤثر على حق الغير وعلاقة الشركاء مع بعضهم البعض وإن كان يترتب عليه البطلان وفقاً لنص الفقرة ٢ من المادة ٥٨٤ الوارد بأنه:

" وإذا لم يكن العقد مكتوباً فلا يؤثر ذلك على حق الغير وأما ما يتعلق بالشركاء أنفسهم فيعتبر العقد صحيحاً إلا إذا طلب أحدهم اعتباره غير صحيح فيسري هذا على العقد من تاريخ إقامة الدعوى"[1].

ومع ذلك فإن هذا البطلان لا يحول دون أن يرتب العقد آثاراً فيما بين الشركاء أنفسهم كما أن عقد الشركة غير المكتوب لا يؤثر على حق الغير، بما يعني أن الشركة قائمة بين الشركاء وتحدث آثارها القانونية.

وبخصوص إجراءات تسجيل الشركة فوردت بشأنها أحكام تخص كل شكل من أشكال الشركات، وسنتحدث عنها عند البحث في كل منها على نحو تعد الشركة بعد تأسيسها وتسجيلها بمقتضى أحكام القانون شخصاً اعتبارياً[2]، ولا تمارس أعمالها قبل التسجيل ودفع الرسوم حيث يتم الاحتجاج بها بعد تلك الإجراءات

---

(١) المرجع السابق. ص٣٠. ويقول الدكتور ملش:" الكتابة ضرورية لانعقاد جميع الشركات عدا شركات المحاصة". ويرى أن إثبات شركة المحاصة يتم بكل وسائل الإثبات وان الشركات الأخرى التضامن والتوصية البسيطة والتوصية بالأسهم والمساهمة وذات المسؤولية المحدودة فالكتابة ركن هام فيها.

(٢) انظر د. علي يونس. المرجع السابق.ص٢٢٨، ود. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص٤٢.

على الغير، وهي الفترة التي يكون بإمكان الغير الإطلاع بالطرق القانونية على ما يستجد من الشركات باعتبارها تمثل أشخاصاً اعتبارية مستقلة عن الشركاء، وكذا الإطلاع على البيانات المتعلقة بها وأية تعديلات تطرأ على تلك البيانات والتي يجب أن تجري لدى مراقب الشركات ويتم الإعلان عنها، وتضمن قانون الشركات كافة إجراءات تسجيل كل شركة والبيانات اللازم توافرها والشروط المطلوبة، ونوع تلك البيانات وما يترتب على إغفالها كلها أو بعضاً منها.

البند الرابع: تخلف أحد أركان عقد الشركة

الشركة عقد يتعين توافر الأركان التي نص عليها القانون لإبرامه، وتخلف ركن من أركان العقد كقاعدة يجعله باطلاً كجزاء قانوني لعدم اكتمال أركان قيامه، ويترتب البطلان كجزاء لإزالة آثار العلاقة الباطلة فيما بين طرفيها في الماضي والمستقبل على نحو لا يجوز أن تترك تلك العلاقة أثراً فيما بين المتعاقدين عندما يثبت بطلان تلك العلاقة.

أما الشركة كعلاقة تم تنظيمها بمقتضى قانون الشركات فلا تخضع للقواعد العامة المتعلقة ببطلان العقود التي يقتصر آثرها على إنشاء الحقوق والالتزامات على عاتق أطرافه، لأن عقد الشركة ينشأ عنه بالإضافة إلى الحقوق والالتزامات ولادة كيان قانوني جديد له شخصية اعتبارية مستقلة عن الشركاء وذمة مستقلة عن ذمم الشركاء، ورتبت ولادة هذا الكيان التزامات على عاتق الشركاء.

وإذا كان بطلان العقد يزيل آثاره وهي الالتزامات التي ترتبت على عاتق أطرافه، فإن أثر هذا البطلان يختلف فيما يخص الشركة التي يؤثر بطلانها على وجود الشخص المعنوي ونشاطه "الكيان القانوني" بعد تقرير بطلان العقد ويختلف اثر بطلان العقد عن الأثر الذي يلحق الشخص المعنوي.

وعلى أساس من ذلك نقول إذا كان أثر البطلان لكل عقد يرتد به إلى تاريخ ابتداء العلاقة بين أطرافه، فإن هذا الأثر لا يستطيع إلغاء حياة الكيان القانوني "الشخص المعنوي" خلال المدة السابقة بل ينصرف أثر هذا الإلغاء إلى المستقبل فقط، وهو ما يؤكد صحة القول: إن هذا الكيان موجود فعلاً حتى ولو لم يكن موجوداً

بصورة قانونية، بما يعني أن أثر البطلان لا يمس ما ترتب على عقد الشركة في الماضي لأن الشركة كانت قائمه فعلاً وهي ملزمه بجميع تعهداتها وتسمى الشركة الفعلية أو الواقعية.

وعليه يؤدي بطلان الشركة نتيجة تخلف أحد الأركان الموضوعية العامة أو الخاصة أو الشكلية إلى القول أن الشركة التي أنشئت عن طريق العقد الذي يشوبه عيب في رضاء أحد الشركاء أو نقص أهليته أو مشروعية غرض إنشائها تكون باطله، مع الإشارة إلى أن البطلان لجهة نقص الأهلية وأسباب عيوب الرضا يكون نسبياً بمعنى أن الإجازة ترد على العقد كما يسقط التشبث بأحد هذه الأسباب بمرور الزمن.

أما إذا كان سبب البطلان عدم مشروعية الغرض محل العقد كالاتجار بالمخدرات فإن البطلان مطلق لا تلحقه الإجازة ولا يصح بمرور الزمن مع التحفظ بشأن عدم سماع دعوى البطلان بمرور خمس عشرة سنة من تاريخ العقد وفق نص "المادة ٣/١٦٨" من القانون المدني.

أما الأركان الموضوعية الخاصة وهي تعدد الشركاء ونية المشاركة وتقديم الحصص واقتسام الأرباح أو الخسائر، فإن البطلان كجزاء يلحق عقد الشركة يتقرر عندما يتضمن العقد حرمان أحد الشركاء من الأرباح أو إلقاء عبء تحمل الخسائر على أحد الشركاء أو بعضهم، ويترتب على تخلف هذا الركن وهو " اقتسام الأرباح والخسائر " بطلان عقد الشركة بناء على طلب الشريك الذي حرم من الأرباح أو ذلك الذي وقع عليه تحمل الخسائر مادة ٥٩٠ فقره ١ من القانون المدني[(١)].

وبخصوص ركن تقديم الحصص أو ركن تعدد الشركاء أو ركن نية المشاركة فلا تثور بخصوص أي من هذه الأركان مشكلة البطلان لعقد الشركة ذلك أن انتفاء ركن التعدد ينتفي معه قيام الشركة أصلاً ونبقى ضمن حدود المشروع الفردي "المؤسسة" وكذلك شأن ركن تقديم الحصص الذي لا يتصور قيام شركة بدون وضع هذا الحصص بأنواعها لتكون ذمة مالية للكيان الجديد "الشخص المعنوي"، وذات الحكم ينطبق على تخلف ركن نية المشاركة الذي يعني انتفاء نية

(١) انظر فقرة ٢٥ من المادة ٥٩٠ من القانون المدني وورد فيها "٢- غير انه يجوز الاتفاق على إعفاء الشريك الذي لم يقدم غير عمله من المساهمة في الخسائر بشرط ان لا يكون قد تقرر له أجر عن عمله".

التعاون للنهوض بالشركة وتحقيق أغراضها بما يعني أن انتفاء وجود النية ينتفي معه وجود الشركة لتكون مع العدم سواء.

أما تخلف أحد الأركان الشكلية وهي الكتابة والإشهار، فيترتب عليه بطلان الشركة وهذا البطلان ليس كالبطلان الذي يلحق العلاقات التعاقدية وفقاً للقاعدة العامة في البطلان، ذلك أن هذا البطلان من نوع خاص يؤدي إلى القول أن التخلف عن قيد الشركة لا يؤثر على وجودها الفعلي ولا يؤثر على حق الغير أو مصلحته في التمسك ببطلان التعديل الذي لم يتم نشره وتسجيله، ذلك أن عدم تسجيل الشركة يعطي للغير حق التمسك بوجود الشركة أو بطلانها تبعاً لمصلحته[1].

---

(١) انظر نص المادة ٥٨٤ من القانون المدني وورد فيه:

"١- يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً.

٢- وإذا لم يكن مكتوباً فلا يؤثر ذلك على حق الغير، وأما ما يتعلق بالشركاء أنفسهم فيعتبر العقد صحيحاً إلا إذا طلب أحدهم اعتباره غير صحيح، فيسري هذا على العقد من تاريخ إقامة الدعوى".

المبحث الثاني
القواعد العامة للشركات التجارية

أفرد المشرع في القانون المدني حكماً تضمنه نص المادة ٥٠ عندما تحدث عن الأشخاص الحكمية، وذكر أن من هؤلاء الأشخاص الشركات التجارية والمدنية، وعرف بالمادة ٥١ الشخص الحكمي وذكر خصائصه لجهة انه يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية، وان أهليته تتقرر له في الحدود التي يعينها سند إنشائه وفق القانون، وان لهذا الشخص حق التقاضي وله موطن مستقل عن موطن المساهمين فيه وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته وله من يمثله في التعبير عن إرادته.

ويتضح أن الشركات التجارية باعتبارها من الأشخاص الحكمية تتكون من مجموعه من الأشخاص أو الأموال أكسبها المشرع شخصيه معنوية تتشابه بمقتضاها مع الشخصية الطبيعية للأفراد على أساس أن الشخص الطبيعي والشخص المعنوي يملك كل منهما صلاحية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات[1].

وعلى أساس من الشخصية المعنوية للشركه فإن لها أن تكتسب الحقوق وتتحمل الالتزامات وان تشتري وتبيع وترهن وتؤجر وتسأل مسؤولية عقديه وغير عقديه وجزائية في الحدود التي تتناسب مع الشخصية الاعتبارية، بالإضافة إلى أنها تستطيع أن ترفع الدعاوى وان ترفع عليها باعتبارها مستقلة عن شخصيه الشركاء، وتثبت هذه الشخصية لكل الشركات باستثناء شركة المحاصة بسبب قيامها بصوره مستترة.

ونتحدث عن القواعد العامة للشركات التجارية بحيث نستعرض الشخصية المعنوية للشركة وما يترتب على اكتسابها من نتائج كما نتحدث عن انقضاء هذه الشخصية وأسباب ذلك وآثار هذا الانقضاء فيما يلي:

---

(١) انظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص١٩، ويقول: "يقصد بالشخصية القانونية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والالتزام بالواجبات".

البند الأول: الشخصية المعنوية للشركة

تكتسب الشركة التجارية شخصيتها المعنوية بعد تأسيسها وتسجيلها وتصبح شخصاً اعتبارياً وفق نص المادة ٤ من قانون الشركات بما يعني أن يكون هناك ممثل من الأشخاص الطبيعيين يتولى مباشرة الأعمال باسم الشخص المعنوي ولحسابه وهو فيما يخص الشركات المدير ولا يؤثر على الشركات ما يطرأ على شخصية هذا المدير من تغيير[1].

ويترتب على اكتساب الشركة الشخصية المعنوية بعض الآثار من أهمها:

أولاً: استقلال ذمة الشركة عن ذمم باقي الشركاء

تعني الذمة المالية مجموع ما للشخص من حقوق وما عليه من واجبات وتكون هذه الذمة مستقلة عن ذمم الشركاء.

وعبرت عن الذمة المالية للشركة المادة ٥١ من القانون المدني عندما نصت على أن الشخص الحكمي يتمتع بجميع الحقوق إلا ما كان منها ملازماً لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في الحدود التي قدرها القانون ويكون له ذمه مالية مستقلة.

وإذا كان الحكم الوارد بخصوص شركات التضامن يفرض أن يكون الشركاء مسئولين عن ديون الشركة بأموالهم الخاصة فذلك لا يعني نفي استقلال ذمتها المالية.

أما بخصوص الشركة المساهمة العامة فإن حكم القانون بشأن ذمتها المالية يفيد أن هذه الذمة مستقلة عن ذمم الشركاء.

هذا ويترتب على استقلال ذمة الشركة عن ذمم الشركاء فيها نتائج هي، أن الشركة تضمن الوفاء بديونها دون ديون الشركاء فيها، وليس لدائنيها الرجوع على أموال الشريك، ويتقدم دائنو الشركة في استيفاء حقوقهم على الدائنين الشخصيين للشركاء، ذلك أن دائني الشريك لا يحق لهم حجز حصة هذا الشريك في الشركة، ويقتصر هذا الحجز على نصيب الشريك في أرباح الشركة عند تحققها أو على نصيبه

---

(١) راجع د. سميحة القليوبي. القانون التجاري. الشركات التجارية الخاصة. ط٨١ ص٤٨ وتقول: "وحق الشريك لا يعتبر من قبيل الحقوق الشخصية وهو دائماً من طبيعة منقولة مهما كان نوع حصته اي حتى ولو كانت حصة عينية متمثلة في عقار".

من موجوداتها عند تصفيتها أو بالمقاصة بدين له في مواجهة احد الشركاء، كما لا يستطيع احد مديني الشركة التمسك بالمقاصة إذا أصبح دائناً للشركة.

وهكذا فإنه يترتب على استقلال ذمة الشركة عن ذمم الشركاء عدم إمكان وقوع المقاصة بين حقوق الشركة وديونها على نحو لا يستطيع مدين الشركة التمسك بالمقاصة في مواجهته الشركاء وكذلك فإنه ليس لورثة الشريك حال وفاته الادعاء بحق مباشر على الأموال التي تتكون منها الذمة المالية للشركة.

وأخيرا فإنه عند إفلاس الشركة لا يترتب إفلاس الشركاء كقاعدة عامه نظراً لاستقلال الذمة المالية للشركة عن ذمم الشركاء فيها، وكذلك لا يترتب إفلاس الشركة عند إفلاس الشركاء فيها إلا ما نصت عليه أحكام قانون الشركات الباحثة في شركات التضامن والشركاء المتضامنين. حيث رتبت تلك الأحكام أن إفلاس الشركة يترتب عليه إفلاس الشركاء المتضامنين كنتيجة لمسؤوليتهم الشخصية التضامنية عن ديون الشركة.

أما آثار قيام الشركة كشخص معنوي وكيان قانوني فيتمثل بقيام هذا الكيان تحت اسم خاص يتميز به ويتكون من اسماء الشركاء أو أحدهم مع إضافة عبارة وشركاه.

وعلى هذا يتحقق للكيان القانوني أهلية تتقرر بتقرير الشخصية المعنوية للشركة في حدود الغرض المكونة من أجله، بالإضافة إلى تقرير موطن للشركة مستقل عن موطن الشركاء فيها، وتضمن قانون الشركات لعام ٩٧ أحكاماً بخصوص أهلية الشركة وعنوانها وموطنها.

ويترتب على استقلال ذمة الشركة المالية عن ذمم الشركاء فيها نتائج ملخصها:

١- لا تضمن الشركة سوى الوفاء بديونها، لأن الضمان العام لدائني الشركة هو ذمتها المالية.

٢- لا تجوز المقاصة فيما بين حقوق الشركة وديونها من جهة وبين حقوق الشركاء وديونهم من جهة أخرى، وليس لمدين الشركة التمسك بالمقاصة لدين له قبل أحد الشركاء، وليس لهذا الدائن التمسك بالمقاصة إذا أصبح دائناً للشركة.

٣- لا يؤثر إفلاس الشركة على الشركاء فيها ولا يترتب على إفلاس الشريك إفلاس الشركة كقاعدة عامة على أنه إذا تعلق الأمر بشركة التضامن أو التوصية فإن إفلاس الشركة يترتب عليه إفلاس الشركاء المتضامنين[1].

ثانياً: اكتساب الشركة صفة التاجر

إن الشخصية المعنوية للشركة تكسبها حكماً صفة التاجر، بناء على ذلك تلتزم بجميع الالتزامات التي يخضع لها التجار بما يتفق وطبيعتها مثل مسك الدفاتر والقيد في السجل التجاري، ويمكن إعلان إفلاسها إن هي توقفت عن دفع ديونها التجارية.

ثالثاً: تمتع الشركة بالجنسية

عندما يتحقق للشركة الشخصية المعنوية فلا بد أن تكون لها جنسية معينة أسوة بالأشخاص الطبيعيين لمعرفة تبعيتها لدولة معينة، وما يحدد جنسية الشركة هو النظام الداخلي الذي تخضع له في تأسيسها ومدة مباشرة عملها لأن جنسية الشركة يتقرر على أساسها القانون الواجب التطبيق لجهة تأسيسها وإدارتها وأهليتها وحلها وتصفيتها[2].

هذا وتختلف الآراء حول المعيار الذي تحدد على أساسه جنسية الشركة فهناك معيار مركز الإدارة الرئيس، ومعيار موطن الشركة، ومعيار مركز النشاط الفعلي، ومعيار جنسية الشركاء، ونرى أن الشركة تكتسب جنسية الدولة الكائن بها مركز إدارتها الرئيس[3].

(١) المرجع السابق. ص ٥٠، وتقول: "وبالتالي يترتب على إفلاس الشركة إفلاس الشركاء المتضامنين، ويكون للشركة ولكل شريك تفليسه خاصة"، وراجع د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري ط٨٢ ص١٧٣ ويقول: "وإذا افلست الشركة فإن هذا لا يستتبع في المبدأ إفلاس الشركاء، كما ان إفلاس الشريك لا يترتب عليه إفلاس الشركة، نظراً لاستقلال ذمة الشركة عن ذمة الشركاء، ومع ذلك فإن إفلاس شركة التضامن او التوصية يستتبع من تلقاء نفسه إفلاس الشركاء المتضامنين فيها بسبب مسؤوليتهم التضامنية عن ديون الشركة في أموالهم الخاصة".

(٢) انظر د. عز الدين عبدالله. القانون الدولي الخاص. ط٦٢ ص٥٨٥.

(٣) يرى البعض أن معيار مركز الشركة الرئيس لتحديد جنسية الشركة فيه من المخاطر والنتائج الضارة بالدولة وخاصة إذا كانت الشركة مكونة من رأس مال أجنبي أو يديرها اجانب. راجع د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص٥٣، =

رابعاً: تمتع الشركة بالأهلية التجارية

ينتج عن اكتساب الشركة الشخصية المعنوية أهليتها لاكتساب الحقوق وتحملها الالتزامات ولها أن تبرم العقود وتقوم بالتصرفات كالبيع والرهن والتأمين والمصالحة..الخ" ولا يقلل من أهليتها أو صلاحيتها لاكتساب الحقوق او تحمل الالتزامات، عدم صلاحيتها للقيام بنشاط خارج عن موضوعها وبالتالي تبقى مقيدة بالغرض الذي أنشئت من أجله[1] ويمارس الشخص المعنوي نشاطه بواسطة أشخاص طبيعيين واعتبرهم القانون الممثلين للشركة.

خامساً: حق الشركة باسم وموطن

يتعين أن يكون للشركة اسم يميزها عن غيرها من الشركات ويتحقق لها ذلك بمجرد اكتسابها الشخصية المعنوية، إذ قد يكون هذا الاسم عبارة عن اسم أحد الشركاء مع إضافة وشركاه للدلالة على شخصية الشركة المستقلة عن شخصية الشركاء، كما هو في شركات الأشخاص وقد يستمد اسم الشركة من الغرض الذي ستمارس نشاطها لتحقيقه كما هو في شركات المساهمة.

وكذلك يتعين أن يكون للشركة موطن وهو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارتها "المركز الرئيس" وأجاز المشرع اعتبار المكان الذي يوجد به كل فرع من فروع الشركة موطناً خاصاً بالأعمال المتعلقة به، ويجوز رفع الدعوى ضد الشركة أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها هذا الفرع.

وتبدو أهمية وجود موطن للشركة في تحديد مكان مركز إدارتها ذلك أن الاختصاص القضائي المحلي في الدعاوى المتعلقة بالشركة يكون للمحكمة التي يقع في دائرتها مركز إدارتها، ويجوز رفع الدعاوى إلى المحكمة التي يقع في دائرتها فرع

=د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق ص١٧٧. ويقول في معرض دفاعه عن معيار مركز الإدارة لتحديد جنسية الشركة:" إن جنسية الشركة تتحدد بموطنها أي بالدولة التي تتخذ فيها مركز إدارتها، لأن مركز الإدارة هو بمثابة العقل المحرك للشركة وفيه يتركز نشاطها وحياتها القانونية". وانظر د. الياس ناصيف. الكامل في قانون التجارة. الشركات التجارية ط٢ ص٥٢ ويقول :" وقد اعتبر بعض الفقهاء ومنهم ريبر ان الجنسية المتعلقة بالشركة اهم من الجنسية المتعلقة بالأشخاص لانه قد يوجد اشخاص لا جنسية لهم اما ما يتعلق بالشركة فمن الضروري ان تكتسب الجنسية".

(١) المرجع السابق ص٥٣، ويقول بشأن القيد على الشركة بأن هناك مبدأ التخصص الذي يخضع له الشخص المعنوي ولا يخضع له الشخص الطبيعي الذي بإمكانه ان يمارس عدة نشاطات في وقت واحد.

الشركة وذلك في المسائل المتصلة بهذا الفرع، كما تبدو أهمية الموطن في أن الأوراق القضائية يجب تبليغها للشركة في مركز إدارتها بالإضافة إلى أن الأهمية تبدو في النظام القانوني للشركة وكذلك جنسيتها الذي يتحدد على أساسهما المكان الذي يوجد فيه مركز إدارة الشركة الرئيس.

البند الثاني: انقضاء الشخصية المعنوية

تنقضي الشركة وينتهي العقد المبرم فيما بين الشركاء بأسباب ورد النص عليها في القانون، وتكون هذه الأسباب عامة تزول بها الشركة وتنقضي بزوالها التزاماتها، كما تكون الأسباب خاصة تنتهي ببعضها أنواع من الشركات[1].

أما أسباب انقضاء الشركة فتضمنتها النصوص العامة في القانون المدني وتلك الواردة في قانون الشركات وهي انقضاء المدة، انتهاء الغرض، وهلاك رأس المال واتفاق الشركاء، وصدور حكم قضائي بحلها أو شطبها أو تصفيتها أو دمجها مع غيرها، وهناك أسباب خاصة تنقضي بها أنواع من الشركات كخروج أحد الشركاء من الشركة أو وفاة الشريك أو إفلاسه او فقده الأهلية ونلقي الضوء على أسباب انقضاء الشركة فيما يلي:

أولاً: انقضاء المدة وانتهاء العمل

يتضمن عقد الشركة تحديد مدتها صراحة أو تحديد أجل انتهائها بانتهاء العمل الذي أنشئت من أجله، فإذا كان عقد الشركة يتضمن أجلاً لانتهائها، فإنها تنتهي بقوة القانون حتى ولو لم يتم إنجاز المشروع الذي أنشئت من أجله، وورد حكم انقضاء الشركة بانتهاء مدتها وتحقق الغرض بنص المادة ٦٠١ من القانون المدني بأنه: "تنتهي الشركة بأحد الأمور الآتية انتهاء مدتها أو انتهاء العمل الذي قامت من أجله".

هذا ولم يحدد القانون حداً أقصى لمدة الشركة مهما كان نوعها وترك ذلك لإرادة الشركاء، رغم ما قضى به للشركة المساهمة العامة وذات المسؤولية المحدودة

---

(١) انظر د. علي حسن يونس. المرجع السابق ص٥٨٨.

بأن تكون مدة الشركة المساهمة العامة غير محدودة إلا إذا كانت غاياتها القيام بعمل معين فتنقضي الشركة بانتهائه.

وما يخص المدة المحددة فإن الشركاء يستطيعون تمديد مدة الشركة وفق نص المادة ٦٠٢ من القانون المدني الذي تضمن انه:

"يجوز قبل انقضاء المدة المحددة للشركة مد أجلها ويكون ذلك استمراراً للشركة، أما إذا مد أجل الشركة بعد انقضاء المدة المحددة لها كان هذا شركة جديدة، وإذا انقضت المدة المحددة للشركة أو انتهى العمل الذي قامت من أجله ثم استمر الشركاء بأعمالهم كان هذا امتداداً ضمنياً للشركة بالشروط الأولى ذاتها، وإزاء الضرر الذي يلحق دائن أحد الشركاء فإن المشرع أعطى هذا الدائن حق الاعتراض على مد أجل الشركة، ويترتب على اعتراضه وقف أثر الامتداد في حقه".

ثانياً: هلاك رأس مال الشركة

إذا أصبحت الشركة عاجزة عن الاستمرار في نشاطها بسبب هلاك مالها كله أو معظمه، كما لو شب حريق في مصانعها أو محلها التجاري بحيث أتى على جميع البضائع، وكما لو غرقت الباخرة موضوع نشاط الشركة فإن ذلك يؤدي إلى انقضاء الشركة بقوة القانون وفق نص المادة ٦٠١ من القانون المدني، وينتهي وضع الشركة التي هلك رأسمالها إلى أنها تحقق خسارة بما يعني أن هذه الخسارة إنقاص لرأس المال واستهلاك له.

وتضمنت نصوص القانون المدني وقانون الشركات أحكاماً تقضي بانقضاء شركة التضامن التي يحكم بإفلاسها، وكذلك انقضاء الشركة ذات المسؤولية المحدودة إذا زادت خسائرها على نصف رأسمالها بقرار من الهيئة العامة للشركة، وللأخيرة حق إبقاء الشركة في نشاطها، أما إذا كانت خسائر الشركة ثلاثة أرباع رأس مالها فيجب تصفيتها باستثناء أن تقرر الهيئة العامة زيادة رأس مال الشركة بما لا يقل عن نصف الخسائر، وينطبق هذا الحكم على الشركة المساهمة العامة حيث

تقرر بمقتضى القانون وجوب تصفية الشركة إذا زادت خسائرها عن ٧٥٪ من مجموع رأسمالها إلا إذا قررت الهيئة العامة زيادة رأس مالها[١].

ثالثاً: الاتفاق بين الشركاء

تنتهي الشركة قبل انتهاء مدتها أو قبل تحقق الغرض الذي أنشئت من أجله وذلك عندما يتفق الشركاء على إنهائها ويكون ذلك بقرار الهيئة العامة على حل الشركة.

رابعاً: اندماج الشركة في شركة أخرى

يعد الاندماج من الأسباب العامة لانقضاء الشركة، ويأتي ذلك السبب باتفاق الشركاء قبل انقضاء الأجل المحدد للشركة عندما يقررون دمجها في شركة أخرى أو اندماجها مع شركة أخرى..

ويترتب على الدمج أو الاندماج انقضاء الشركة المندمجة وزوال شخصيتها المعنوية وانتقال كافة موجوداتها إلى الشركة الدامجة، ويختلف اندماج الشركة عن انضمام مشروع فردي إلى الشركة لأن الانضمام لا يعني الدمج ولأن المشروع الفردي ليس له مكونات الشركة، ويكون الاندماج بطريق الضم أو بطريق المزج، إذ بالحالة الأولى تندمج شركة في شركة أخرى قائمة بما يعني زوال الشخصية المعنوية لإحدى الشركتين لتذوب في الأخرى التي تبقى قائمة وفي الحالة الثانية تزول الشخصية المعنوية للشركتين المندمجتين ليظهر شخصية معنوية ثالثة.

وتضمن نص المادة ٢٢٢ من قانون الشركات أحكام اندماج الشركات وفق الطرق الواردة في الفقرات أ، ب، ج وهي في الفقرة أ تقضي: بأن الاندماج يكون بين شركة أو أكثر مع شركة أخرى تسمى "الشركة الدامجة" وتنقضي الشركة أو الشركات الأخرى المندمجة فيها.

أما الاندماج الوارد في الفقرة ب من المادة ٢٢٢ من قانون الشركات بين شركتين او أكثر فيتم بموجبه تأسيس شركه جديدة تكون هي الشركة الناتجة عن الاندماج، وتنقضي الشركات التي اندمجت بالشركة الجديدة وتزول الشخصية الاعتبارية لكل منها وكذلك تندمج فروع ووكالات الشركات الأجنبية العاملة في

---

(١) المرجع السابق. ذات الموضع، وراجع د. عبد الشخانبة ـ النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية ـ ط١٩٩٢ ص١٧٤.

المملكة في شركه أردنية قائمه ويكون هذا الاندماج بطريقه ثالثه ورد حكمها بالفقرة ٣ من المادة ٢٢٢.

وتضمنت نصوص قانون الشركات الباحثة في اندماج الشركات كما وردت في المواد ٢٢٢ ـ ٢٣٩ أحكاماً ترتبت على الاندماج هي:

١- يكون الشكل القانوني للشركة الدامجه أو الشركة الناتجة عن الدمج من نفس نوع الشركتين قبل الاندماج إذا كانتا من نوع واحد.

٢- يجرز ان تندمج الشركة ذات المسؤولية المحدودة أو شركه التوصية بالأسهم في شركه مساهمه عامه، كما يجوز تأسيس شركه مساهمه عامه من اندماجهما.

٣- تعفى الشركة المندمجة ومساهموها والشركة الدامجة الناتجة عن الاندماج من الضرائب والرسوم المترتبة على الاندماج او بسببه.

٤- يتوقف تداول أسهم الشركات المندمجة والدامجة اعتباراً من تاريخ تبليغ قرار الاندماج لبورصة عمان ومراقب الشركات ولا يعاد تداولها إلا بعد انتهاء إجراءات الاندماج.

٥- تنتقل جميع حقوق والتزامات الشركات المندمجة إلى الشركة الدامجة أو الشركة الناتجة عن الاندماج بعد انتهاء إجراءات الدمج، وتعتبر الشركة الدامجة أو الناتجة عن الاندماج خلفاً قانونياً للشركات المندمجة وتحل محلها في جميع حقوقها والتزاماتها.

خامساً: شطب تسجيل الشركة

يعد شطب تسجيل الشركة من الأسباب العامة لانقضائها، ويترتب ذلك إذا توقفت الشركة عن ممارسة أعمالها، وبهذه الحالة يجب إبلاغ مراقب الشركات الذي له أن يمهل الشركة مدة تعود أثناءها لمزاولة عملها، أو يقرر شطب قيدها وإعلان ذلك وفق أحكام القانون، وينطبق حكم شطب التسجيل على شركات التضامن والتوصية البسيطة وفق الأحكام التي تضمنتها نصوص المواد (٣٢، ٣٤، ٤٨١) من قانون

الشركات، كما ينطبق حكم شطب التسجيل على الشركات المساهمة العامة وذات المسؤولية المحدودة على النحو الوارد في الأحكام الباحثه في انقضائها وتصفيتها.

سادساً: تصفيـة الشركـة

يتم تسويه العلاقات القانونية التي نشأت عن الوجود القانوني للشركة ، وهي التي نشأت بين الشركة والشركاء وبين الشركة والغير، والتصفية تعد سبباً في إنهاء وجود الشركة كشخص قانوني مستقل له أهلية وذمه مالية مستقلة عن ذمم الشركاء.

وهكذا فإن التصفية للشركة تتجسد في الأعمال التي يتم ممارستها لاستيفاء حقوق الشركة وسداد ديونها بعد حصر موجوداتها.

ويتولى عمليه التصفية مصف يحل محل الممثل القانوني لها، وتكون التصفية اختياريه وفق ما يتم الاتفاق عليه بين الشركاء وتكون إجبارية وفق نص القانون بحيث يتقرر تصفيه الشركة بقرار صادر عن المحكمة عندما تتحقق شروط ورد النص عليها بالقانون.

وتعني التصفية مجموعة من الإجراءات والأعمال التي من شأنها تحديد حقوق الشركة قبل الشركاء وقبل الغير للمطالبة بها، وكذلك دفع ديونها قبل الغير، وإذا ما بقي موجودات بالشركة بعد سداد ديونها كانت مهمة المصفي تحديد هذه الموجودات وتحويلها إلى مبالغ نقدية تمهيداً لقسمتها بين الشركاء، وتعتبر الشركة في حالة تصفية بقوة القانون عند انقضائها لأي سبب من أسباب الانقضاء أي بعد حل الشركة، على أنه لا تنتج التصفية أثرها في مواجهة الغير إلا من تاريخ إعلان ذلك بالوسيلة القانونية وتبقى للشركة تحت التصفية شخصيتها المعنوية لحين انتهاء أعمال التصفية بما في ذلك اسمها وعنوانها ومقرها وجنسيتها[1].

(١) انظر د.عبد الشخانبة. المرجع السابق ص١٦ ويقول: "نستطيع ان نعرف تصفية الشركات التجارية بأنها: مجموعة الإجراءات اللازمة لإنهاء تعهدات ومراكز الشركة عن طريق إنهاء عملياتها المبتدئة وتحصيل ديونها وسداد الديون المطلوبة منها وبيع بضائعها وممتلكاتها لسداد هذه الديون وذلك لتكوين كتلة إيجابية صافية من الاموال النقدية ـ في اغلب الأحيان ـ لإمكان توزيعها على الشركاء بواسطة القسمة".



الفصل الثاني
شــركـــة الـتضـامـــن

عرف هذا النوع من الشركات منذ زمن بعيد ، وهو من أكثر أنواع الشركات شيوعاً ، ذلك أنه يقوم على أساس معرفة الشركاء بعضهم بالبعض الآخر ، ويسأل كل واحد منهم مسؤولية غير محدودة ، بمعنى انه ملتزم بسداد ديون الشركة من ماله عندما لا تكفي أموال الشركة ، ويكون مسؤولاً بالتضامن مع باقي الشركاء ، ولا تقبل حصة الشريك الانتقال إلى الغير إلا بموافقة الشركاء ويكتسب الشركاء صفة التاجر.

وتضمن حكم المادة ٩ من قانون الشركات أن شركة التضامن تتألف من عدد من الأشخاص لا يقل عن اثنين ولا يزيد على عشرين ، ما لم تكن الزيادة طارئة نتيجة الإرث.

ويكتسب الشريك في شركة التضامن صفة التاجر ويعتبر ممارساً لأعمال التجارة باسم الشركة وتعد شركة التضامن بالخصائص المشار إليها متميزة عن باقي الشركات التي نظمها قانون الشركات لعام ١٩٩٧.

ونظمت شركة التضامن أحكام قانون الشركات في المواد من ٩ ـ ٤٠ حيث جاء تبويبها في ثلاثة فصول تضمن الأول أحكاماً بكيفية تأسيس الشركة وتسجيلها وتضمن الثاني أحكام إدارة الشركة وعلاقة الشركاء ببعضهم وبالغير ، أما في الفصل الثالث فتناول المشرع الحديث عن انقضاء شركة التضامن وتصفيتها.

ونناقش موضوع شركة التضامن على النحو الذي تم تبويب أحكامها في قانون الشركات بالمباحث الثلاثة التالية :

المبحث الأول: تأسيس شركة التضامن وخصائصها.

المبحث الثاني: إدارة شركة التضامن وعلاقة الشركاء ببعضهم وبالغير.

المبحث الثالث: انقضاء شركة التضامن وتصفيتها.

المبحث الأول
تـأسيس شركة التضامن وخصائصها

البند الأول: تـأسيس شركة التضامن

تقوم شركة التضامن على الاعتبار الشخصي ويتم تأسيسها بتوافر الأركان العامة لانعقاد العقد، على نحو يجب أن يتوافر الإيجاب والقبول برضاء جميع الأطراف، وهذا الرضا يجب أن يكون خال من العيوب التي تشوب الإرادة وهي عيوب الرضا، بالإضافة إلى توافر الأهلية لجهة السن وموانع الأهلية والحد منها، فضلاً عن توافر أهلية ممارسة التجارة، ذلك لان الشريك في شركة التضامن يكتسب صفة التاجر، ولا يجوز للقاصر أن يكون شريكاً متضامناً لأنه لا يستطيع أن يكون تاجراً إلا بأذن المحكمة وفق حالات نص عليها القانون، وليس للأشخاص الحكميين أن يكونوا شركاء في شركة التضامن[1].

أما الأركان الخاصة بتأسيس شركة التضامن فهي تعدد الشركاء والمساهمة في رأس المال بحصة من المال أو العمل وكذلك توافر نية المشاركة في الشركة والاشتراك في الأرباح والخسائر.

وبالإضافة للشروط العامة والخاصة المشار إليها فإنه يجب أن يكون عقد تأسيس شركة التضامن مكتوباً ومعلناً وفق إجراءات تضمنتها نصوص القانون، وإذا تخلف احد أركان عقد الشركة تعرضت للبطلان وفق أحكام القانون الباحثة في تأسيس شركة التضامن ونصت عليها المادة ٩ على أنه:

"تتألف شركة التضامن من عدد من الأشخاص الطبيعيين لا يقل عن اثنين ولا يزيد على عشرين، إلا إذا طرأت الزيادة على ذلك نتيجة للإرث، على أن تراعى في هذه الزيادة أحكام المادتين ١٠، ١١".

(١) أنظر نص المادة (٩) من قانون الشركات.

أما إجراءات تأسيس الشركة فيتم بعدة خطوات وإجراءات تنتهي إلى قبول طلب تسجيلها بعد أن تكون البيانات المطلوبة موجودة كما حددها القانون.

ولغايات التسجيل يتعين أن يبرم الشركاء عقدا موقعاً منهم جميعاً مع بيان موقع كل واحد من الشركاء وان يتضمن هذا العقد وهذا البيان المعلومات التالية:

١- عنوان الشركة واسمها التجاري إن وجد.

٢- أسماء الشركاء وجنسية كل منهم وعمره وعنوانه.

٣- المركز الرئيس للشركة.

٤- مقدار رأسمال الشركة وحصة كل شريك منهم.

٥- غايات الشركة.

٦- مدة الشركة إذا كانت محددة.

٧- اسم الشريك المفوض أو أسماء الشركاء المفوضين بإدارة الشركة والتوقيع عنها وصلاحياتهم.

٨- الوضع الذي ستؤول إليه الشركة في حالة وفاة أي شريك فيها أو إفلاسه أو الحجز عليه أو وفاة الشركاء جميعاً.

وبخصوص عنوان الشركة فيتألف من أسماء جميع الشركاء أو لقب أو كنية كل منهم أو من اسم واحد أو أكثر أو لقبه على أن تضاف كلمة وشركاه، وللشركة أن تتخذ لها اسماً تجارياً خاصاً بها على نحو يقترن بعنوانها ويدرج في وقائعها، ويحتفظ ورثة الشركاء بعنوان الشركة إذا اكتسب شهرة شريطة موافقة مراقب الشركات.

هذا ويوافق المراقب بصفته الموظف العام المسؤول على الطلب المقدم إليه على تسجيل الشركة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم طلب التسجيل، وله الحق في رفض الطلب عندما يخالف عقد تأسيس الشركة القانون أو النظام العام أو أحكام سائر التشريعات، على أنه إذا رفض المراقب تسجيل الشركة يحق للشركاء الاعتراض على قرار رفض التسجيل لدى وزير الصناعة والتجارة فإذا رفض الأخير فيحق للمعترضين الطعن في قرار الوزير برفض التسجيل لدى محكمة العدل العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبلغهم القرار.

أما إذا وافق المراقب على تسجيل الشركة أو كانت الموافقة بعد الاعتراض من وزير الصناعة والتجارة أو كانت بعد الطعن في قرار وزير الصناعة والتجارة لدى محكمة العدل العليا، فإنه يتم تسجيل الشركة بعد استيفاء الرسوم، بحيث يصدر المراقب شهادة بالتسجيل تعبر عن قيام كيان قانوني جديد وهذه الشهادة وثيقة رسمية كبينة في جميع الإجراءات القانونية، ولا تستطيع الشركة أن تمارس أعمالها قبل الموافقة على تسجيلها بعد دفع الرسوم.

وعنوان الشركة يمثل متطلباً هاماً في البيانات التي يتضمنها طلب التسجيل المقدم للمراقب، وللشركة حق تغيير العنوان أو تعديله بموافقة كل الشركاء والمراقب، ولا يؤثر ذلك على علاقة الشركة بالغير ولا على الالتزامات الناشئة فيما بينها وبين المتعاملين معها، ولا يكون لتغيير عنوان الشركة أو تعديله أثرٌ في تأسيسها بشكل صحيح، ولا يكون ذلك سببٌ في إبطال أي تصرف أو إجراء قانوني أو قضائي قامت به أو قام به غيرها تجاهها.

وبخصوص إجراءات تأسيس شركة التضامن فتتم على النحو التالي:

١- يقدم الشركاء طلباً لتسجيل الشركة إلى مراقب الشركات مرفقاً به نسخة أصلية من عقد الشركة وبيان موقع كل شريك ويتضمن العقد والبيان معلومات تضمنتها المادة ١١ من قانون الشركات.

٢- يدقق مراقب الشركات الطلب ومرفقاته ويتأكد من عدم وجود ما يخالف القانون أو النظام العام حتى إذا وجد مثل هذه المخالفة وجب على مقدمي الطلب إزالتها خلال مدة يحددها لهم، وبعد ذلك يصدر المراقب قراره بالموافقة على تسجيل الشركة أو بالرفض، ولهم حق الاعتراض على قرار المراقب بالرفض بحيث يقدم إلى وزير الصناعة والتجارة خلال ثلاثين يوماً، الذي له أن يقبل الاعتراض ويقرر تسجيل الشركة وله كذلك رفض الاعتراض ليكون للمعترضين حق الطعن في قراره لدى محكمة العدل العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغهم القرار.

٣- إذا تقرر تسجيل الشركة سواء بموافقة المراقب أو الوزير أو بقرار محكمة العدل العليا فيتم ذلك بعد استيفاء الرسوم بحيث يصدر

المراقب شهادة تعد بينة رسمية للشركة ويعلن المراقب تسجيل الشركة بالنشر في الجريدة الرسمية.

٤- يتعين أن ينظم مراقب الشركات سجلاً خاصاً يسجل فيه شركات التضامن بأرقام متسلسلة حسب تاريخ تسجيلها وتدرج فيه التعديلات والتغيرات التي تطرأ عليها لحين تغير عنوانها أو إدخال تعديل عليه أو تعديل أو تغيير على عقد الشركة أو أي بيان من بياناتها.

على أنه عند التخلف عن التقيد بإجراءات تسجيل الشركة المنصوص عليها في المواد ١١، ١٣، ١٤ لجهة تقديم الطلب وبياناته وتعديل عنوان الشركة أو أية تغيرات، فإن ذلك لا يؤثر في وجود الشركة من الناحية الفعلية ذلك أن الغير يجب أن لا يتأثر بذلك، ولا يستفيد من التخلف عن التقيد بالإجراءات المشار إليها أي من الشركاء ويعتبر كل شريك متضامناً مع الشركة وباقي الشركاء تجاه الغير في تحمل أي ضرر ينتج.

ويتضح مما تقدم أن الغير يستطيع أن يتمسك بوجود الشركة التي يتم قيد عقدها في سجل مراقب الشركات، وله أيضاً أن يتمسك بعدم وجود الشركة التي لم تشهر في السجل وذلك وفقاً لما يحقق مصلحته، وذات الحكم عندما لم يتم تسجيل التغير الذي يطرأ بعد تسجيلها، ويعد من الغير دائن الشركة ودائن الشريك.

هذا وتتحقق مصلحة دائني الشركة في اتجاه واحد بحيث يتمسكون بوجود الشركة، في حين تتحقق مصلحة دائني الشركاء في اتجاه معاكس على نحو يتمسكون بعدم وجود الشركة، وفي هذا المجال لا خلاف، لكن الخلاف حول تعارض مصالح الغير عندما يتمسك دائنو الشركة بوجودها ويتمسك دائنو الشركاء بعدم وجودها، فإن الرأي الذي نراه هو ترجيح وجود الشركة تحقيقاً لمصلحة دائنيها على أساس أن عدم شهر الشركة ينبغي أن لا يؤثر في حقوق المتعاملين معها، لأن البطلان استثناء لا يجوز التوسع فيه والأخذ بهذا الرأي وما يحققه من مصلحة لدائني الشركة الظاهرة يقوم على تقرير الجزاء لإهمال المؤسسين والشركاء فيها.

وحسم المشرع هذا الخلاف بنص المادة ١٥ من قانون الشركات عندما ضمنه حكماً مفاده بأن تقرير وجود الشركة فعلاً أو تقرير التغيير الطارئ عليها بسبب

التخلف عن التقيد بإجراءات التسجيل يكون لمصلحة الغير، وأنه لا يستفيد من ذلك أي من الشركاء.

البند الثاني: الخصائص المميزة لشركة التضامن

تقوم شركة التضامن على الاعتبار الشخصي وهي من شركات الأشخاص، وكانت تعد من شركات الوجوه، ولذلك تمتاز بخصائص هي:

أولاً: تحريم بيع حصة الشريك

الأصل أن الشريك في شركة التضامن لا يملك حق التصرف في حصته سواء بالبيع أو الهبة بعوض أو بغير عوض، لأن أساس انضمام الشريك إلى آخرين لتأسيس شركة تضامن مرده الثقة فيما بينهم، ولا يجوز إجبار الشركاء على قبول شريك جديد لا يثقون به، وذات الأمر متعلق بوفاة الشريك فإنه لا يترتب عليها انتقال حصته إلى ورثته ويترتب على ذلك انقضاء الشركة ما لم ينص عقد تأسيس الشركة على خلاف ذلك، لأنه قد يتفق الشركاء عند تأسيس الشركة على جواز التنازل عن حصة الشريك بقيود معينة كاشتراط موافقة باقي الشركاء أو أكثريتهم أو الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثة المتوفى، على أن تصرف الشريك بحصته دون موافقة باقي الشركاء أو دون التقيد بالشروط الواردة في عقد التأسيس فإن تصرفه يكون قائماً فيما بينه وبين المتنازل له على نحو لا يسري هذا التصرف في مواجهة الشركة أو الشركاء، ويبقى المتصرف له أجنبياً عن الشركة حتى ومع تقرير حقه فيما تنازل له عنه الشريك المتضامن الذي يمثل نصيبه في الأرباح وموجودات الشركة عند تصفيتها[1].

---

(1) انظر في ذلك د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق. ص١٩٠، ويرى أن صفة المتنازل له مستمدة مما يسمى اتفاق الرديف الذي يحل بمقتضاه المتنازل له محل الشريك في الحقوق والالتزامات المتصلة بحصته في الشركة ويقول: "إن هذا الاتفاق لا أثر له إلا في العلاقة بين الشريك والرديف الذي يستتر وراءه، فلا يحتج به في مواجهة الشركاء والغير ومن ثم تكون للرديف كل أرباح الحصة"، وقارن د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص٩٩، ود. الياس ناصيف. المرجع السابق ص٦٤.

ثانياً: شركة التضامن من شركات الأشخاص

وهذه الصفة لشركة التضامن مستفاده من قيامها على الاعتبار الشخصي، والذي يقوم على الثقة المتبادلة فيما بين الشركاء من جهة، وعلى ثقة الغير بهؤلاء الشركاء مجتمعين من جهة أخرى، ويتم تأسس هذا النوع من الشركات في العادة فيما بين الأقارب او الأصدقاء ويكون كل شريك من الشركاء ملزماً بالتضامن مع كافة الشركاء تجاه دائني الشركة.

ثالثاً: لشركة التضامن عنوان يتكون من أسماء الشركاء

يتكون عنوان شركة التضامن من أسماء الشركاء جميعهم أو أحدهم مضافاً إليه كلمة وشركاه، ومرد هذه الخصيصة أنها تميز الشركة عن غيرها باسمها المكون من اسماء الشركاء فيها، وإن ذلك يعطي الغير العلم بشخصية الشركاء الذين يكمل ائتمانهم ائتمان الشركة وأموالهم الخاصة كضمان لسداد ديونها.

هذا ويتعين أن يكون عنوان الشركة متفقاً مع حقيقة الشركاء في كل وقت، فإذا انسحب احد الشركاء من الشركة أو توفي واستمرت الشركة وجب حذف اسمه من عنوانها كقاعدة عامة، واستثناء يجوز أن يبقى اسم الشريك المنسحب أو المتوفى في عنوان الشريك إذا كان الهدف أن لا يعتقد الغير بقيام شركة جديدة بدلاً من الشركة القديمة، ويشترط في حالة الوفاة، إضافة عبارة تدل على سبب بقاء اسم احد الشركاء رغم انسحابه أو وفاته، كأن يذكر (خلفاء أو ورثة فلان)، وكذلك الأمر فإن دخول شريك جديد في الشركة يوجب إضافة اسمه إلى عنوان الشركة، مع جواز احتفاظها بعنوانها الأول بدون تعديل[1].

رابعاً: اكتساب الشريك المتضامن صفة التاجر

يسأل الشريك في شركة التضامن مسؤولية شخصية وتضامنية عن ديون الشركة، وعليه فإنه يعتبر جزأ من الشخص المعنوي، ويكتسب صفة التاجر بمجرد

---

(١) انظر في ذلك. د. محمود سمير الشرقاوي. الشركات التجارية. ط٨٦. ص٧٤، ويقول:"وليس من الضروري أن يتكون عنوان الشركة من اسماء جميع الشركاء خاصة متى كان عددهم كبيراً بل يكفي ذكر اسم أحد الشركاء مع إضافة كلمة (وشركاه)، كما يكفي متى كان الشركاء افراد أسرة واحدة أن يشتمل العنوان على لقب الأسرة مع بيان صفة القرابة".

مشاركته في شركة التضامن، على شرط أن يكون عنده الأهلية التجارية وهي إكمال سن الثامنة عشرة أو الخامسة عشرة بشرط الحصول على إذن المحكمة بذلك.

ونتيجة اكتساب الشريك صفة التاجر فإنه متى حكم بشهر إفلاس الشركة استتبع ذلك إفلاس الشركاء المتضامنين لأن أموالهم ضامنة للوفاء بديون الشركة. أما إفلاس الشريك المتضامن فلا يؤدي ذلك إلى شطبها أو تصفيتها.

خامساً: المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء

أورد المشرع حكماً يقضي بمسؤولية الشركاء بصفة شخصية وعلى وجه التضامن عن ديون الشركة، بمعنى أن الشريك يسأل عن ديون الشركة مسؤولية شخصية كما لو كانت ديوناً خاصة به وعلى ذلك تكون مسؤولية الشريك غير محددة بمقدار رأس ماله في الشركة بل تتجاوزها إلى أمواله الأخرى.

وكذلك فإن الشركاء يسألون عن ديون الشركة مسؤولية تضامنية بحيث تقوم هذه المسؤولية فيما بين الشركاء أنفسهم، وتقوم كذلك فيما بين الشركاء والشركة.

وهكذا فإن لدائني الشركة ضماناً على أموال الشركاء إلى جانب الضمان المقرر لهم على أموال الشركة، وتعد مسؤولية الشركاء على الوجه المتقدم مسؤولية مطلقة، وهو ما يؤكد وجود نوعين من الضمان لدائني الشركة:

الأول: ضمان خاص يقوم على أن أموال الشركة ضامنة لديونهم.

الثاني: ضمان إضافي يقوم على أن أموال الشركاء ضامنة لديونهم.

وهذا التضامن يقوم بين الشركاء ويقوم كذلك بين الشركاء والشركة، ويكون باطلاً كل اتفاق يعفي الشريك من التضامن لأن حكم النص الوارد بهذا الخصوص يتعلق بالنظام العام لا يجوز الاتفاق على ما يخالفه[1].

---

(١) أنظر د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق ص١٩٢، د. الياس ناصيف. المرجع السابق ص٦٦، ود. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص١٠٤ وتقول في هذا الخصوص: "تعتبر المسؤولية الشخصية والتضامنية للشركاء في شركات التضامن من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ويعتبر الشريك المتضامن مسؤولاً في مواجهة الغير بهذه الصفة حتى ولو نص في عقد الشركة التأسيسي على خلاف ذلك ولو شهر هذا الشرط"، وانظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص٧٧.

المبحث الثاني
إدارة شركة التضامن

البند الأول: القواعد العامة في إدارة شركة التضامن

جاء نص المادة ١٧ من قانون الشركات بحكم مفاده أنه: " يحق لكل شريك أن يشترك في إدارة شركة التضامن ويحدد عقد الشركة أسماء الشركاء المفوضين بإدارتها والتوقيع عنها وصلاحياتهم".

كما حددت نصوص القانون الباحثة في إدارة شركة التضامن واجبات المفوض بإدارة الشركة وواجباته بعد انتهاء تفويضه وكيفية عزل المفوض عن إدارة الشركة ومسؤولية الشركة عن أعمال المفوض بإدارتها وكذلك مسؤولية الشركاء عن ديون الشركة[1].

هذا وأجاز نص المادة ١٧ لكل شريك أن يشترك في إدارة الشركة، ومع ذلك ينظم إدارة الشركة ما يرد في عقد الشركة لجهة تحديد أسماء الشركاء المفوضين بإدارتها والتوقيع عنها وصلاحيتهم ويقوم المفوض بمقتضى العقد بالأعمال نيابة عن الشركة في حدود صلاحياته المفوضة إليه.

ويعد المفوض عن الشركة وكيلاً لها ويتصرف باسمها وتعود آثار تصرفاته عليها بحيث تلتزم بها[2]، أما الشريك المتضامن الذي يتصرف باسم الشركة بدون تفويض بذلك فإن آثار تصرفه تتحملها الشركة في مواجهة الغير حسن النية وتعود الشركة

(١) انظر د. الياس ناصيف. المرجع السابق ص٧٣، وراجع د.محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص٩١، ود. سميحة القليوبي. المرجع السابق ص١١٤، ود. مصطفى كمال طه. المرجع السابق. ص٢٠٧، ويقول: " ولا تقتصر مسؤولية الشركة على العقود والتصرفات التي يبرمها المدير فحسب بل تسأل ايضاً عن الاعمال غير المشروعة التي يرتكبها المدير أثناء إدارته وتسبب ضرراً للغير فإذا ارتكبت المدير عمل منافسة غير مشروعة، أو غشاً مالياً كانت الشركة مسؤولة مسؤولية تقصيرية عن تعويض هذا الضرر على أساس قواعد مسؤولية المتبوع عن أعمال تابعة".

(٢) انظر نص المادة (١٧) من قانون الشركات وورد كما يلي: " كل شريك مفوض بإدارة شركة التضامن والتوقيع عنها يعتبر وكيلاً عن الشركة وتلتزم الشركة بالأعمال التي يقوم بها بالنيابة وبالآثار المترتبة على هذه الأعمال".

على الشريك الذي تصرف بدون تفويض لتطالبه بالتعويض عن جميع الخسائر والأضرار التي قد تلحق بها جراء هذا العمل.

لذلك تلجأ شركة التضامن إلى تسمية المفوض بإدارتها من بين الشركاء فيها أو بتعيين شخص آخر ليس شريكاً لكي يتولى هذه الإدارة باعتباره مديراً لها ويحدد عقد الشركة صلاحياته وواجباته وفق أحكام القانون.

وبخصوص صلاحيات المدير فهي السلطات الممنوحة له ليمارس من خلالها الأعمال التي تؤدي إلى تحقيق أهداف الشركة، ويعد هذا المدير الممثل القانوني للشركة، على أنه لا تتوقف صلاحيات المدير في إدارة الشركة على أعمال الإدارة التي تتقرر له بالقواعد العامة فحسب، بل تتعدى تلك الصلاحيات إلى قيامه بأعمال الإدارة بمعناها الواسع الذي يشمل كافة أعمال التصرف في حدود أغراض الشركة.

وتضمنت نصوص القانون المدني أحكاماً بخصوص المدير في الشركة وورد في المادة ٥٩١ من القانون المدني حكماً يتضمن: أن كل شريك يعتبر وكيلاً عن باقي الشركاء في مباشرة أعمال الشركة وفي التصرف بما يحقق الغرض الذي أنشئت من أجله، كما تضمن نص المادة ٥٩٣ حكماً مفاده: أن للمدير أن يتصرف في حدود أغراض الشركة التي نيطت به، على أن يعين ذلك بنصوص العقد، فإن لم تكن فبما جرى به العرف التجاري، وأكد القضاء أن كل شريك في الشركة العادية "التضامن" وكيل عنها وعن سائر شركائه في قيامه بأعمال الشركة.

وهكذا فإن صلاحيات المدير يقوم بها لغايات تحقيق أغراض الشركة سواء أكانت من أعمال الإدارة أو أعمال التصرف على نحو تستهدف ما ينفع لا ما يضر بما يحقق أغراضها لا بما يخرج عن تحقيق تلك الأغراض، فلا يستطيع المدير أن يتنازل عن حقوق الشركة لدى الغير وليس للمدير أن يقيم غيره مقامه ولا ينيب أحداً عنه في إدارة الشركة لأن وكالته عنها تقوم على الاعتبار الشخصي مبناه ثقة الشركاء فيه.

ويراعي المدير القيود التي تضمنتها نصوص القانون وهي الأحكام الواردة بنص المادة ٢١ من قانون الشركات لجهة عدم قيامه بعقد أي تعهد مع الشركة، وعدم عقد أي تعهد مع أي شخص إذا كان موضوعه يدخل ضمن غايات الشركة، وعدم ممارسة أي عمل أو نشاط ينافس الشركة سواء أكان لحسابه أم لحساب غيره، كما يمتنع

على المدير الاشتراك في شركة أخرى تمارس أعمالاً مماثلة أو مشابهه لأعمال الشركة، ويمتنع على المدير القيام بالأعمال المشار إليها إلا إذا وافق جميع الشركاء على أن يقوم بها.

ويضاف إلى واجبات المدير ما تضمنه نص المادة ١٩ من قانون الشركات لجهة إلزامه بأن يقدم للشركاء خلال مدة لا تزيد عن ثلاثة أشهر من إنهاء عمله في إدارة الشركة حساباً عن كل ما حصل عليه من حقوق أو منافع بمناسبة عمله كمدير للشركة، ويدخل ضمن الحقوق والمنافع كل منفعة عينية أو نقدية أو معنوية أو أموال أو موجودات وضعها تحت حيازته واستعملها لمنفعته الشخصية[1].

وهناك ضمانات اقرها المشرع للمدير والشركة في آن واحد تقوم على عدم جواز عزل المدير إلا بموافقة جميع الشركاء أو أكثريه تزيد على نصف عدد جميع الشركاء، وينطبق هذا الحكم عندما يكون المدير شريكاً فيها ومعيناً في عقد الشركة بتلك الصفة، وفي الوقت ذاته يجوز عزل المدير بقرار من المحكمة بناء على طلب أحد الشركاء، ولا يترتب على عزل المدير فسخ الشركة، وبمقتضى الصلاحيات الممنوحة للمدير فإنه يمارس الإشراف على كادر موظفي الشركة وإصدار التعليمات لهم ومراقبة تطبيق القانون، وتتحمل الشركة النفقات والمصاريف التي سيتحملها بسبب قيامه بإدارتها أو بسبب ما تحمله من خسارة أو ضرر نتيجة قيامه بأي عمل لمصلحتها.

كما يسأل المدير عن التزام الشركة في حفظ دفاترها وقيودها وسجلاتها في مركزها الرئيس، ويسأل كذلك عن التزاماتها بحفظ دفاتر وسجلات محاسبة منظمة أصولية عندما يزيد رأسمالها عن عشرة آلاف دينار ويسأل عن التزامها في تعيين مدقق حسابات قانوني يتم تعيينه بموافقة أكثرية الشركاء.

والنتيجة الحتمية لممارسة المدير سلطاته واختصاصاته هو تحمل الشركة آثار تلك الأعمال إذ هي تلتزم بأي عمل قام به الشخص المفوض بإدارة شؤون الشركة، على

---

(١) راجع د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق ص٢٠٦، وتحدث عن حكم تجاوز المدير سلطته الممنوحة له بعقد تأسيس الشركة، ويرى ان تجاوز المدير لسلطته لا يجعل الشركة مسؤولة عن تصرفه حتى وإن كان من تصرف مع المدير حسن النية"، ونرى ان هذا الراي محل نظر لأن مسؤولية الشركة تقوم على أساس مسؤولية المتبوع عن فعل تابعه.

أن الشركة تستطيع أن تعود على الشخص المفوض "المدير" لتحميله مسؤولية ضمان أي ضرر يلحق بالشركة بسبب إهماله أو تقصيره خلال خمس سنوات على انتهاء عمله في إدارة الشركة.

هذا ومن الجائز أن يكون للشركة أكثر من مدير، وفي هذه الحالة إما أن يحدد عقد الشركة سلطات كل واحد منهم أو يسكت عن ذلك، وتضمن نص المادة ٥٩٤ من القانون المدني حكماً مفاده: جواز تعدد المديرين وأنه في حالة تعددهم تحدد اختصاصات كل منهم على نحو لا يجوز لأحدهم تجاوز اختصاصاته إلى اختصاصات غيره من المديرين، وهو إن فعل فلا ينفذ تصرفه في مواجهة الشركة.

أما تعدد المديرين دون تحديد اختصاصاتهم فتضمن نص المادة ٥٩٢ من القانون المدني حكماً مفاده: أنه إذا عهد لأكثر من مدير إدارة الشركة فهو إما أن يؤذن لكل منهم بالانفراد بالإدارة وإما أن تدار من قبلهم جميعاً.

وفي الحالة الأولى يكون لكل واحد من المديرين حق إدارة الشركة منفرداً والقيام بجميع الأعمال اللازمة كما لو كان منفرداً، ولباقي المديرين حق الاعتراض على هذه الأعمال قبل تمامها ويعرض الأمر على المديرين مجتمعين لاتخاذ القرار المناسب، أما إذا لم يصرح لأي من المديرين بالانفراد بالإدارة كان عليهم العمل مجتمعين، وهنا تصدر القرارات بموافقتهم جميعاً أو أغلبيتهم.

وهكذا لا يستطيع أحد المديرين أن يجري أي تصرف بمعزل عن باقي المديرين إلا أن يكون الأمر مُلحاً لا ينتظر إلى حين عرضه على المديرين، كإجراء يقوم به أحدهم بقصد قطع التقادم أو أمر يترتب على فوات القيام به ضرر كبير.

البند الثاني: علاقة الشركاء ببعضهم وبالغير

تقوم علاقة الشركاء بالشركة على أساس من خصائصها وشروط عقد تكوينها، وتقوم على أساس مسؤولية كل شريك فيها وبالتضامن مع غيره من الشركاء عن التزاماتها في مواجهة الغير وفق نص المادة ٢٦ فقرة ١ من قانون الشركات.

ولجهة حقوق والتزامات الشركاء في مواجهة بعضهم البعض فتضمنه نص المادة ١٦ فقره ب بما يفيد تحديد حقوق الشركاء والتزاماتهم لغايات توزيع الأرباح والخسائر، وبما يفيد أن لهم الاتفاق على تغيير أو تعديل حقوقهم والالتزامات المترتبة عليهم تجاه بعضهم بموجب عقد الشركة، وتضمن نص المادة ٢٧ مسئولية الشركاء التضامنية في مواجهة دائني الشركة، وقرر المشرع انه لا يجوز للدائن التنفيذ على الأموال الخاصة بالشركاء إلا بعد التنفيذ على أموال الشركة.

وعندما لا تكفي هذه الأموال جاز بعد ذلك التنفيذ على الأموال الخاصة بالشركاء وتكون النتيجة للتنفيذ على أموال الشركاء أن الدائن يتقاضى دينه ويعود الشركاء على بعضهم بنسبة ما دفعه كل منهم من دين الشركة.

ومن القواعد التي نظمت علاقة الشركاء بالشركة وببعضهم إعطاء الشريك حق الانسحاب من الشركة بإرادته المنفردة عندما تكون غير محددة المدة "المادة ٢٨/أ"، ومع ذلك فإنه لا يستطيع الانسحاب من الشركة إذا كانت محدودة المدة، إلا بقرار من المحكمة وفق نص المادة ٢٨ فقرة ب من قانون الشركات، ويترتب نتيجة أعمال الحكم السابق إجراء التعديلات اللازمة على عقد الشركة، كما تضمن نص المادة ذاتها فقره د أن انسحاب احد الشريكين لا يؤدي إلى فسخ الشركة وعلى الشريك الآخر إدخال شريك جديد أو أكثر.

وبخصوص إمكانية ضم شريك أو أكثر إلى شركة التضامن أجاز نص المادة ٢٩ أن ضم شريك أو أكثر يتم بموافقة جميع الشركاء، ومع ذلك إذا كان هناك نص في عقد الشركة يمنع ضم شركاء جدد فإنه يسري بما يمتنع تنفيذ قرار الشركاء بضم غيرهم إلى الشركة.

وعندما ينضم شريك إلى الشركة فإنه يصبح مسؤولاً عن الالتزامات التي ترتبت على الشركة بعد انضمامه إليها، ويضمن هذه الالتزامات بأمواله الخاصة بالتضامن مع باقي الشركاء.

ومن جهة أخرى فإنه يجوز أن ينضم إلى الشركة شريك آخر عندما يتنازل له أحد الشركاء عن حصته، وهذا الانضمام لا يتم إلا بعد موافقة جميع الشركاء على أن لا يمتنع ذلك بموجب عقد الشركة.

وخلافاً للقاعدة العامة فإن شركه التضامن لا تنقضي بوفاة أحد الشركاء فيها إلا إذا نص عقد تكوينها على ذلك، وفي حالة وفاة أحد الشركاء فإن الشركة تبقى قائمة، وينضم لها من يرغب من ورثة الشريك المتوفى بنسبة ما آل إليه من حصة مورثه وفق نص المادة ٣٠ من قانون الشركات.

وفي حالة استمرار الشركة على النحو المتقدم فإن تركة المتوفى لا تسأل عن الديون والالتزامات التي ترتبت على الشركة بعد وفاة الشريك، وتضمن نص المادة ٣٠ فقرة ٣ أن الشركة تتحول إلى شركة توصية بسيطة إذا انضم إليها نتيجة وفاة أحد الشركاء قاصر، ذلك أن الأخير ينضم لها كموصي لا يتحمل من الالتزامات المترتبة على الشركة إلا بمقدار حصته التي آلت إليه من مورثه.

أما في حال إفلاس الشركاء في شركة التضامن فورد النص عليه بالمادة ٣١ حيث تضمن حكماً مفاده أن لدائني الشركة حق الامتياز في طابق إفلاس الشريك المفلس ويتقدمون على دائنيه، وانه إذا أفلست الشركة يكون لدائنيها حق الامتياز على ديون الشركاء.

أما أهم ما في علاقة الشركاء ببعضهم فهو توزيع الأرباح والخسائر، حيث أوجب المشرع أن يتضمن عقد الشركة بيانات بكيفية توزيع الأرباح والخسائر بين الشركاء، على أنه إذا لم يرد ذلك في عقد الشركة فإن توزيع الربح والخسارة فيما بين الشركاء يكون بنسبة مساهمه كل واحد منهم في رأس مال الشركة عملاً بنص المادة ١٦ فقرة ١.

المبحث الثالث
انقضاء شركة التضامن وتصفيتها

البند الأول: انقضاء شركة التضامن

ناقشنا فيما سبق الأسباب العامة لانقضاء الشركات على أن تلك الأسباب تنقضي بها كافة الشركات، ولأن هناك أسباباً خاصة تنقضي بها شركة دون أخرى على ما سيرد فيما يتعلق بشركة التضامن، فإن هذه الشركة كشركة أشخاص تقوم على الاعتبار الشخصي وتنقضي بأسباب خاصة بها، ومن هذه الأسباب الحجر على أحد الشركاء أو إعلان إفلاسه، وهناك أسباب خاصة أخرى تنقضي بها شركة التضامن إذا لم يتحقق شرط يعد استثناء على انقضائها وهذه الأسباب وفاة أحد الشركاء أو انسحابه من الشركة.

وفيما يتعلق بالحجر على أحد الشركاء أو إعلان إفلاسه فإن شركة التضامن تنقضي بحكم القانون الوارد بنص المادة ٣٢ في الوقت الذي يتقرر فيه الحجر على أحد الشركاء أو إعلان إفلاسه ويأتي الحجر على الشريك عندما يثبت لديه أي مرض عقلي كالجنون والعته والسفه، كما يأتي إعلان إفلاس الشريك باعتباره تاجراً إذا توقف عن دفع ديونه التجارية.

ولا يعد انقضاء الشركة بالحجر على الشريك أو إعلان إفلاسه من النظام العام، ذلك لان المشرع أجاز للشركاء الاتفاق على خلاف ذلك عندما نص بالفقرة ومن المادة ٣٢ على أن الشركة تنقضي بالحجر على الشريك أو إعلان إفلاسه ما لم يقرر باقي الشركاء جميعهم استمرار الشركة فيما بينهم وفق عقد الشركة.

وبخصوص وفاة أحد الشركاء فإن القاعدة تقضي بانقضاء الشركة بقوة القانون لزوال الاعتبار الشخصي الذي قامت عليه، على نحو لا يحل الورثة محل مورثهم.

ومع ذلك نهج المشرع عكس القاعدة ولم يجعل وفاة أحد الشركاء في شركة التضامن سبباً لحل الشركة إلا إذا نص العقد على ذلك أو تضمن الوضع الذي تنتهي إليه الشركة في حالة وفاة شريك أو الشركاء جميعاً.

وتقرر حكم قانون الشركات بهذا الخصوص بنص المادة ٣٠ المتضمن أن شركة التضامن تبقى قائمة ويستمر وجودها في حالة وفاة أحد شركائها وينضم إليها من يرغب من الورثة كل بنسبة ما آل إليه من حصة مورثه كمتضامنين، ما لم يكن أي من الورثة قاصراً أو فاقداً للأهلية فتتحول الشركة إلى شركة توصيه بسيطة ليصبح القاصر وفاقد الأهلية شركاء موصين.

أما إذا اتفق الشركاء في عقد تأسيس الشركة على انقضاء الشركة في حالة وفاة أحدهم فإن ما يترتب على ذلك انقضاء الشركة بوفاة أحد الشركاء بحكم القانون.

وبخصوص فصل الشريك من الشركة أو انسحابه منها فإن القاعدة العامة تقضي بأن الاعتبار الشخصي الذي قامت عليه شركة التضامن يوجب أن تنقضي الشركة إذا فصل أحد الشركاء فيها، ومع ذلك جاء حكم المادة ٣٣ فقره ب يقضي بأن انقضاء الشركة لفصل أحد الشركاء منها لا يوجب فسخها لان المحكمة التي تنظر الدعوى تقرر فسخها أو استمرارها بعد إخراج شريك أو أكثر منها.

وبشأن انسحاب الشريك فورد حكم القانون بنص المادة ٢٨ يقضي بأنه لا يجوز للشريك الانسحاب من شركة التضامن إذا كانت محددة المدة إلا بقرار من المحكمة، وعلى ذلك لم يرتب المشرع على انسحاب الشريك في شركة التضامن انقضاءها وهو ما ورد بنص المادة ٢٨ فقره د ومفاده:

"وفي حالة انسحاب أحد الشركاء وفقاً لأحكام الفقرة أ من هذه المادة وكانت الشركة مكونة من شخصين اثنين، فلا يؤدي ذلك إلى فسخ الشركة، ويترتب على الشريك الباقي إدخال شريك جديد أو أكثر إلى الشركة عوضاً عن الشريك المنسحب خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الانسحاب، وإذا لم يقم بذلك خلال هذه المدة تنفسخ الشركة حتماً".

هذا ونرى أن حكم النص المشار إليه أعلاه لا يرتب على انسحاب الشريك من الشركة بإرادته المنفردة انقضاءها سواء كانت الشركة محددة المدة أو غير محددة.

كما وتنقضي الشركة عندما يقرر مراقب الشركات شطبها وفق حكم المادة ٣٤ الباحثة في توقف شركة التضامن عن ممارسة أعمالها خلال مدة يحددها لها، أو يقرر شطب تسجيل الشركة.

وحدد نص المادة ٣٢ من قانون الشركات الحالات التي تنقضي بها شركة التضامن بما يلي:

أ- باتفاق الشركاء جميعهم على حل الشركة أو دمجها في شركة أخرى.

ب- بانتهاء المدة المحددة للشركة سواء كانت المدة الأصلية أو التي مددت إليها باتفاق جميع الشركاء.

ج- بانتهاء الغاية التي أسست من أجلها.

د- ببقاء شريك واحد فيها مع مراعاة ما ورد في الفقرة د من المادة ٢٨ من هذا القانون[1].

هـ- بإشهار إفلاس الشركة وفي هذه الحالة يترتب على إفلاس الشركة إفلاس الشركاء.

و- بإشهار إفلاس أحد الشركاء فيها أو بالحجز عليه ما لم يقرر باقي الشركاء جميعهم استمرار الشركة بينهم وفقاً لعقد الشركة.

ز- بفسخ الشركة بحكم قضائي.

ح- بشطب تسجيل الشركة بقرار من المراقب بمقتضى أحكام القانون.

وانقضاء شركة التضامن على الوجه المتقدم يعني اعتبارها في حالة تصفية ويتم قسمة أموالها بين الشركاء وتبقى محتفظة بشخصيتها الاعتبارية إلى أن يتم تصفيتها.

---

(١) انظر نص المادة (٢٨) فقرة د من قانون الشركات وتضمن: " وفي حالة انسحاب احد الشركاء وفقاً لأحكام الفقرة ا من هذه المادة، وكانت الشركة مكونة من شخصين اثنين فلا يؤدي إلى فسخ الشركة ويترتب على الشريك الباقي إدخال شريك جديد او اكثر إلى الشركة عوضاً عن الشريك المنسحب خلال ثلاثة اشهر من تاريخ الانسحاب وإذا لم يقم بذلك خلال هذه المدة تنفسخ الشركة حكماً".

البند الثاني: تصفية شركة التضامن

عندما يتقرر انقضاء شركة التضامن بأحد أسباب انقضائها تنتهي لتدخل في دور التصفية بهدف تصفية العلاقات القانونية التي نتجت عن قيامها، وعملية التصفية تعني مجموعه من الأعمال يقوم بها شخص يدعى المصفي بهدف تحصيل حقوق الشركة وسداد ديونها وجرد موجوداتها لتحديد صافي موجوداتها وتوزيعها بين الشركاء بطريقة القسمة.

ويتم تعيين المصفي من قبل الشركاء إذا اتفقوا على أن تكون التصفية اختياريه وهم الذين يحددون أجوره، أما إذا اختلف الشركاء على تعيين المصفي فتقوم المحكمة بذلك بناء على طلب الشركاء أو أي منهم، كما يتم تعيين هذا المصفي من قبل المحكمة عندما تنقضي بحكم القانون أو بحكم محكمة، وفي هذه الحالة يتم تعيين المصفي وتحديد أجوره من قبل المحكمة.

ويتقيد المصفي بالإجراءات القانونية للقيام بعمله على نحو يقوم بتحصيل حقوق الشركة وسداد ديونها بعد إعداد قائمه تتضمن أموال الشركة وموجوداتها وتحديد حقوقها لدى الغير والتزاماتها، وليس للمصفي أن يتنازل عن أية أموال تعود للشركة إلا بموافقة جميع الشركاء[1].

ولأن أعمال الشركة تعتبر متوقفة عند إعلان التصفية فلا يستطيع المصفي أن يمارس أي عمل جديد باسم الشركة إلا ما كان لازماً أو ضرورياً لإتمام عمل سبق أن بدأته الشركة.

وعندما ينتهي المصفي من إجراءات التصفية، يقوم بتسوية حقوق والتزامات الشركة بحيث يدفع نفقات التصفية، وأتعاب المصفي وبعدها يدفع ما يستحق للعاملين في الشركة والخزينة العامة، فالمبالغ المستحقة على الشركة للغير ومن ثم القروض التي قدمها الشركاء للشركة.

---

(١) انظر د.عبد الشخانبة.المرجع السابق ص١٩٧ حيث يشير إلى حكم محكمة باريس ١٢ مارس ١٩٩٧ الذي ورد فيه "أن وجود الشخصية المعنوية للشركة يتجاوز إرادة الشركاء، وتبقى الشركة محتفظة بهذه الشخصية طالما أن هناك علاقات وروابط لها طابع الشركة حتى ولو كانت ذات طبيعة سلبية وتنحصر في ديون على الشركة".

وبعد ذلك يتحمل كل شريك نسبة الخسارة المتفق عليها حسب عقد الشركة أو ينال تلك النسبة من الربح، وما تبقى يقوم المصفي بقسمته بين الشركاء كلٌ بنسبة حصته في رأسمالها.

هذا ويترتب على المصفي عند الانتهاء من أعمال التصفية أن يقدم لكل شريك فيها حساباً ختامياً عن الأعمال والإجراءات التي قام بها في سياق التصفية، ويقدم ذلك الحساب إلى المحكمة إذا كان قد عين من قبلها، ويبلغ المراقب بأسباب التصفية ويزوده بنسخة من الحساب خلال مدة لا تتجاوز سنة من تاريخ قرار التصفية، وبخلاف ذلك للمراقب تحويل الشركة تحت التصفية للمحكمة لاستكمال إجراءات التصفية تحت إشرافها او منح المصفي مهلة مناسبة لإكمال تلك الإجراءات، وفي جميع الحالات يترتب على المراقب نشر الإعلان عن تصفية الشركة في الجريدة الرسمية وفي صحيفة يومية محلية.

وبعد إقفال أعمال التصفية تسقط الشخصية المعنوية للشركة، أما إذا تبين بعد الانتهاء من إجراءات التصفية وشطبها من السجلات الرسمية وجود أموال منقولة أو غير منقولة لم تشملها أعمال التصفية يقوم مراقب الشركات بإحالة الأمر للمحكمة بناء على طلب مستعجل لإصدار قرار يحدد كيفية تصفية هذه الأموال سواء بتعيين مصف جديد أو استمرار المصفي القديم بعمله.



الفصل الثالث
الشركة ذات المسؤولية المحدودة

ظهر هذا النوع من الشركات في أواخر القرن التاسع عشر باعتباره يتناسب والمشروعات الصغيرة والمتوسطة، وازدهر بعد ذلك لتعظم أهميته ويشمل المشروعات الكبيرة والصغيرة على السواء[1].

ولا تختلف الشركة ذات المسؤولية المحدودة عن غيرها من الشركات لجهة أركانها العامة والخاصة، وعرفتها المادة (٥٣) من قانون الشركات بأنها:

"تتألف من شخصين أو أكثر، وتعتبر ذمتها مستقلة عن الذمة المالية لكل شريك فيها، وتسأل الشركة بموجوداتها وأموالها عن الديون والالتزامات المترتبة عليها ولا يكون الشركاء فيها مسؤولين عن تلك الديون والالتزامات إلا بمقدار الحصة التي يملكها كل واحد منهم". وأجاز المشرع تأسيس شركة ذات مسؤولية محدودة من شخص واحد بموافقة مراقب الشركات[2].

ونتحدث عن الشركة ذات المسؤولية المحدودة في ثلاثة مباحث:

المبحث الأول: تكوين الشركة وإجراءات تأسيسها

المبحث الثاني: إدارة الشركة وحقوق الشركاء فيها

المبحث الثالث: زيادة رأس مال الشركة وتخفيضه

---

(١) انظر د. علي حسن يونس. الشركات التجارية. ط٩٠ ص١٩ ويقول: "أن الشركة ذات المسؤولية المحددة شكل من أشكال الشركات التجارية ويرى انه يقتضي نظام الشركة التوفيق بين خصائص كل من شركات الأموال وشركات الأشخاص ففيها من شركات الأشخاص وفيها من شركات الأموال".

(٢) انظر نص المادة (٥٣) فقرة ٢ وورد بأنه: "يجوز للمراقب الموافقة على تسجيل شركة ذات مسؤولية محدودة تتألف من شخص واحد أو أن تصبح مملوكة لشخص واحد".

المبحث الأول
تأسيس الشركة وخصائصها

أقر المشرع في قانون التجارة الأردني أحكاماً خاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة في المواد ٥٣ ـ ٧٦ حيث أتى على بيان كيفية تأسيسها ورأس مالها وعنوانها واسمها التجاري والحصص العينية في رأس مالها وتسجيلها وإدارتها وانتقال حصص الشركاء فيها بالتنازل أو البيع، وإحال ما يتعلق بتصفية هذا النوع من الشركات إلى الأحكام المتعلقة بالشركة المساهمة العامة.

وهذا النوع من الشركات كان إلى وقت سبق تاريخ نفاذ قانون الشركات لعام ٩٧ يجمع فيما بين خصائص شركات الأشخاص وشركات الأموال، على أساس أن النوع الأول يقوم على الاعتبار الشخصي في حين لا يقيم النوع الثاني وزناً للأشخاص الذين ساهموا في الشركة إلا بمقدار مساهمتهم في رأسمالها، وبعد صدور القانون الجديد رقم ٢٢ لسنة ٩٧ لوحظ في أحكامه بعض التعديلات على الأحكام المتعلقة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة، وكاد يظهرها بجلاء على أنها شركة أموال لا عبره فيها للأشخاص، وظهر ذلك من خلال حكم القانون في تعريف هذه الشركة بالمادة ٥٣ حيث ورد في الفقرة أ بأنه:

"تتألف الشركة ذات المسؤولية المحدودة من شخصين أو أكثر وتكون مسؤولية الشريك فيها عن ديونها والالتزامات المترتبة عليها وخسائرها بمقدار حصته في رأسمالها".

ويفهم من هذا النص أن نية المشرع اتجهت إلى عدم تحديد الحد الأعلى للأشخاص المساهمين على أساس انه توجه نحو فتح الباب ليساهم أكبر عدد من الأشخاص، وهي الخاصية التي تمتاز بها الشركة المساهمة العامة على ما ورد بقانون الشركات عندما بيَّن أن الشركة المساهمة العامة تتألف من عدد من المؤسسين لا يقل عن اثنين.

وهكذا سنتحدث في هذا المبحث عن تكوين الشركة ذات المسؤولية المحدودة وإجراءات تأسيسها وتسجيلها ورأس مالها وخصائصها وتنازل الشريك عن حصصه أو بيعها.

البند الأول: تأسيس الشركة وتسجيلها

تتألف الشركة ذات المسؤولية المحدودة من عدد من الشركاء لا يقل عن اثنين كأصل عام وورد تأكيد ذلك بالمادة ٥٣ من قانون التجارة بعد أن كان القانون المدني قننه بالمادة ٥٨٢ عندما عرف الشركة بأنها عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة.

هذا وورد نص المادة ٥٣، ٥٤ من قانون الشركات يتضمن خصائص هذه الشركة بأنها تجاريه تتألف من عدد من الشركاء لا يقل عن اثنين على نحو تقوم مسؤولية كل شريك بمقدار ما ساهم في رأس مالها، بما يعني أن دائني الشركة ينفذون على الشركة برأسمالها وموجوداتها فقط.

وكذلك فإن رأس مال هذه الشركة محدد بثلاثين ألف دينار على الأقل يساهم فيه الشركاء ليس عن طريق الاكتتاب العام بل عن طريق المشاركة المقيدة فيما بين الأشخاص، بحيث لا يستطيع كل راغب في المشاركة أن يشترك في هذه الشركة، ويقسم رأس مالها إلى حصص متساوية تحدد بدينار واحد غير قابله للتداول بالبورصة[1].

وتقوم هذه الشركة على أساس من التقاء أرادات من يرغبون بتأسيسها على نحو يتعين عليهم أن يحصلوا على موافقة بتسجيل الشركة من وزارة الصناعة والتجارة بعد أن يكونوا قدموا متطلبات التأسيس، وهي أن يقدموا عقداً فيما بينهم يتضمن تأسيس الشركة ويرفقوا مع هذا العقد نظاماً يوضح طريقة عمل الشركة وإدارتها وشروط التنازل عن الحصص وكيفية توزيع الأرباح.

وحتى يمكن لمؤسسي هذه الشركة من تقديم الطلب لتأسيسها لا بد من توافر الأركان العامة لتأسيس الشركة وهي الرضا والمحل والسبب، بالإضافة إلى توافر

---

(١) انظر نص المادة (٥٤) من قانون الشركات، حيث ورد في الفقرة ب بأنه: "لا يجوز للشركة ذات المسؤولية المحدودة طرح حصصها أو زيادة راسمالها او الافتراض بطريقة الاكتتاب".

الشروط الموضوعية الخاصة كتعدد الشركاء ونية المشاركة والمساهمة في رأس المال واقتسام الأرباح والخسائر، فإذا توافرت الأركان والشروط الموضوعية السالفة الذكر أصبح على الشركاء تلبية الشروط الشكلية في طلب التأسيس، وتتعلق بإجراءات التأسيس كما نصت عليها المادة ٥٧ من قانون التجارة المتعلقة بعقد التأسيس والنظام الداخلي.

أولاً: عقد التأسيس

ألزم المشرع في المادة ٥٧ من قانون الشركات الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أن يقدموا طلباً لتأسيس الشركة إلى مراقب الشركات على أن يرفقوا بهذا الطلب عقد تأسيسها ونظامها على نماذج معتمدة، بحيث يتم توقيع هذه النماذج أمام مراقب الشركات أو من يفوضه خطياً أو أمام كاتب العدل أو أحد المحامين المجازين.

وبخصوص عقد التأسيس فيجب أن يتضمن البيانات التى وردت بنص المادة ٥٧ فقره ب وهي:

١- اسم الشركة وغاياتها ومركزها الرئيس.

٢- اسم الشركاء وجنسية كل منهم وعنوانه.

٣- مقدار رأس مال الشركة وحصة كل شريك فيه.

٤- بيان الحصة أو الحصص العينية في رأس المال واسم الشريك الذي قدمها وقيمتها التي قدرت بها.

٥- أية بيانات أخرى يقدمها الشركاء أو يطلبها مراقب الشركات

وفيما يتعلق باسم الشركة فيستمد من غاياتها، ويقصد به تميزها عن غيرها ويضاف إلى اسم الشركة عبارة ذات المسؤولية المحدودة، ويتعين إدراج هذا الاسم في أوراقها ومطبوعاتها التي تستخدمها في أعمالها ومراسلاتها والعقود التي تبرمها، على أنه لا يجوز تسجيل شركه باسم اتخذ لغايات احتيالية أو غير قانونية، ولا باسم سبق وسجلت به شركه أخرى في المملكة أو شبيهه إلى درجه تؤدي إلى اللبس والغش.

لذلك جاء نص المادة ٥ من قانون الشركات يؤكد هذا الحكم المبني على ضرورة أن تتخذ الشركة اسماً مستمداً من غاياتها يضاف إليه نوعها كذات مسؤولية محدودة، وأن لا يكون الاسم مشابهاً لاسم شركه أخرى يدعو إلى اللبس.

وأقر المشرع لأي شركه أن تعترض لدى وزير الصناعة والتجارة وتطلب إلغاء تسجيل الشركة التي سجلت باسم مماثل لاسمها أو يشبهه إلى درجه قد تؤدي إلى الغش واللبس حتى إذا تبين له صحة الاعتراض قضى بإلغاء تسجيل الشركة، وبخلاف ذلك يرد الاعتراض كما أجاز المشرع للمتضرر أن يطعن بالقرار لدى محكمة العدل العليا.

ثانياً: نظام الشركة

يجب ان يتضمن نظام الشركة بيانات نصت عليها المادة (٥٧) فقره ج فحواها طريقة إدارة الشركة، وشروط التنازل عن الحصص، وكيفية توزيع الأرباح والخسائر، واجتماعات الهيئة العامة للشركة، وقواعد وإجراءات تصفية الشركة، بالإضافة إلى البيانات التي ورد النص عليها بالفقرة ب من ذات المادة واللازمة في عقد تأسيس الشركة، على أن هذه البيانات يجب أن يتضمنها النظام كما ورد بالمادة (٥٧) فقره ج حيث نصت على ما يلي:

يجب أن يتضمن نظام الشركة ذات المسؤولية المحدودة البيانات المنصوص عليها في الفقرة ب من هذه المادة بالإضافة إلى البيانات التالية:

١- طريقة إدارة الشركة وعدد أعضاء هيئة المديرين وصلاحياتهم وحدود صلاحيات هيئة المديرين في الاستدانة ورهن العقارات التي تملكها الشركة وتقديم الكفالات باسمها.

٢- شروط التنازل عن الحصص في الشركة والإجراءات الواجب إتباعها في ذلك والصيغة التي يجب أن يحرر بها التنازل.

٣- كيفية توزيع الأرباح والخسائر على الشركاء.

٤- اجتماعات الهيئة العامة للشركاء ونصابها القانوني ونصاب اتخاذ القرارات فيها والإجراءات الخاصة بكيفية عقد تلك الاجتماعات.

٥- قواعد وإجراءات تصفية الشركة.

٦- أية بيانات أخرى إضافية يقدمها الشركاء أو يطلب المراقب تقديمها.

البند الثاني: خصائص الشركة ذات المسؤولية المحدودة

يتم تحديد مسؤولية الشركاء في هذه الشركة بمقدار حصصهم، ولا يكتسب الشريك صفة التاجر كما هو الحال في شركة التضامن، ولا يضار الشريك بماله الخاص إذا أعلن إفلاس الشركة، وأوضح المشرع قواعد خاصة بالشركاء عندما قرر مسؤولية الشريك فيها بما لا يزيد عن مقدار حصته في رأس مالها، ومن هذه الخاصية يستمد اسم الشركة بأنها ذات مسؤولية محدودة، ويجدر بالذكر أن مسؤولية الشركة كشخص معنوي ليست محدودة، بل هي مطلقه في جميع أموالها وموجوداتها، على عكس مسؤولية الشركاء فيها المحدودة بقدر حصة كل واحد منهم في رأس المال، وأورد حكم نص المادة ٥٣ الباحث في تأسيس الشركة بأن تكون مسؤولية الشريك عن ديون الشركة والالتزامات المترتبة عليها وخسائرها بمقدار حصته في رأس مالها.

وهكذا فإن من خصائص هذه الشركة أنه لا يجوز تأسيسها أو زيادة رأس مالها أو الاقتراض لحسابها عن طريق الاكتتاب العام، ولا يجوز أن تصدر أسهم أو سندات قابله للتداول، كما لا يجوز للشركاء التنازل عن حصصهم وفق القواعد العامة في القانون المدني لأن هناك قيداً على حق صاحب الحصة في التنازل عنها تضمنه نص المادة ٧٢ من قانون الشركات عندما تحدث عن حق الشريك في التنازل عن حصصه إلى أحد الشركاء والغير، وكذلك ما ورد بنص المادة ٧٣ بخصوص القيد الذي وضعه المشرع على حق الشريك في التصرف بحقه بالبيع.

هذا ومن بين خصائص الشركة ذات المسؤولية المحدودة أنه لا يوجد من المساهمين فيها شريك متضامن، وتبدو أهمية هذه الميزة في أن الكثيرين من المتضامنين يشهر إفلاسهم نتيجة إفلاس شركة التضامن ولا يظهر مثل هذا الأثر عند الشركاء في الشركة ذات المسؤولية المحدودة.

كما أن الإعفاءات من بعض القيود التي تتمتع بها هذه الشركة تجعل منها ميزه لها كتأسيسها من شخص واحد، وأن تعيين المدير فيها لا يخضع للقيود التي يخضع لها تعيين المدير في الشركات المساهمة العامة، وكذلك فإن الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا تصدر نشرات اكتتاب ولا ترسل تقارير نشاطها إلى المساهمين[1].

البند الثالث: رأس مال الشركة

يمثل رأس مال الشركة ذات المسؤولية المحدودة الضمان الوحيد للدائنين على أساس أن مسؤولية الشركاء محدودة، وعليه بات من الضروري أن يكون رأس المال كبيراً يطمئن له من سيتعامل مع الشركة، وحدد المشرع رأس المال بثلاثين ألف دينار كحد أدنى يجب دفع ٥٠٪ منه عند تقديم طلب تأسيس الشركة، على أن يتم دفع الباقي في وقت لاحق لتسجيل الشركة، وتضمن نص المادة ٥٤ أن رأس مال الشركة لا يقل عن ثلاثين ألف دينار مقسماً إلى حصص متساوية قيمة الحصة الواحدة دينار واحد على الأقل غير قابله للتجزئة، كما تضمن نص المادة ٥٩ فقره ب أن يتم دفع مالا يقل عن ٥٠٪ من رأس مال الشركة المعين في عقد تأسيسها، ويقوم المراقب باستيفاء رسوم التسجيل ويصدر شهادة بتسجيلها، على أنه يجب أن يسدد باقي رأس المال خلال المدة التي يحددها عقد تأسيس الشركة ولا يزيد عن سنتين.

أما الحصص فأجاز المشرع تنوعها بحيث تكون نقدية وتكون عينية وسنوضح كلاً منها على النحو الآتي:

أولاً: الحصص النقدية

يتم تأسيس الشركة عن طريق اشتراك مجموعه من الأشخاص بالاكتتاب في أسهم الشركة على نحو لا يلجأ هؤلاء إلى الجمهور لبيع هذه الأسهم، وعليه فإن تأسيس الشركة لا يتم إلا بعد أن تكون الحصص قد وزعت على الشركاء وتضمن عقد التأسيس بياناً بذلك.

---

(١) للمزيد عن خصائص الشركة ذات المسؤولية المحدودة، انظر د. سميحة القليوبي. الخصائص المميزة للشركة ذات المسؤولية المحدودة. بحث منشور في مجلة القانون والاقتصاد السنة ٤٧ العددان ٣، ٤.

ويتم تأسيس الشركة بالحصص النقدية عن طريق توزيعها على الشركاء في الوقت الذي لا يكون هناك حصص عينية، ويتضمن عقد الشركة عدد الحصص التي تم تخصيصها لكل شريك.

أما إذا كان هناك شركاء بحصص عينية فإنها تقيم بالنقود لتسجل لهم حصصهم على أساس أن كل حصة تساوي ديناراً واحداً.

ثانياً: الحصص العينية

أجاز المشرع بالمادة ٥٨ من قانون الشركات أن يكون جزءٌ من رأس مال الشركة حصصاً عينيه بحيث يقدم مالك الحصة العينية مساهمته على نحو لا يتصرف فيها إلى حين تسليمها للشركة وتسجيلها باسمها ونقل ملكيتها إليها، وهذه الحصص يتم تقيمها بقيمة نقدية تدون في نظام الشركة، وتشمل الحصص العينية أية أموال ماديه أو معنوية كحقوق الامتياز وحقوق الاختراع والمعرفة الفنية Know- How.

ويقضي حكم النص الوارد في المادة ٥٨ بأنه يتعين أن يتضمن عقد تأسيس الشركة ونظامها نوع الحصص العينية وقيمتها والسعر الذي قدرت به واسم الشريك ومقدار حصته في رأس مال الشركة مقابل ما قدمه عيناً، ويعتمد تقدير الحصص العينية كما يقيمه الشركاء أنفسهم، مع وجود حق لمراقب الشركات أن يطالب بما يثبت صحة تقدير قيمة الحصص العينية.

ويراعى في تقديم الحصص العينية ما يراعى في تقديم الحصص النقدية لجهة ضرورة الوفاء بها بالكامل، حيث لا يجوز التعهد بتسليمها بعد تأسيس الشركة.

وبخصوص الخدمات التي يقدمها المؤسسون أو الغير عند التأسيس فلا يجوز للشركة أن تمنح من يقدم خدمات للشركة سواء من المؤسسين أو الغير حصصاً في رأس مال الشركة مهما كانت أهمية هذه الخدمات لعدم إمكانية تقدير هذه الخدمات بالنقود، على نحو لا يصح القول أن رأس مال الشركة زاد بمقدار هذه الخدمات، ذلك لأن رأس مال هذه الشركة يقسم إلى حصص متساوية بدينار واحد لكل حصة ويوزع فيما بين المساهمين حسب الاتفاق الوارد بعقد التأسيس وعليه جاء المبدأ أن مشتملات رأس المال يتكون من حصص نقدية وعينية على نحو لا يجوز أن

يعطي الشركاء أو الغير حصصاً مقابل العمل لعدم وجود مقابل لهذا العمل يقيد في رأس المال الحقيقي الذي يطمئن إليه المتعاملون مع الشركة بالإضافة إلى أن العمل قد يؤدي بالتعاقب أثناء حياة الشركة فضلاً عن أن الوفاء به احتمالي يتوقف على مقدرة الشريك الوفاء به على استمرار حياة الشركة.

وهكذا تنتهي إجراءات تأسيس الشركة بتسجيلها عندما يصدر مراقب الشركات قراره بالموافقة على تسجيل الشركة، ويتعين أن يكون قراره قد صدر خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب بعد توقيعه من قبل الشركاء. ولمراقب الشركات رفض الطلب إذا وجد في عقد الشركة أو نظامها ما يخالف القانون، وللشركاء الاعتراض على قرار الرفض لدى وزير الصناعة والتجارة خلال ثلاثين يوماً، وإذا قرر الوزير رد الاعتراض فيحق للمعترضين الطعن في قرار الوزير لدى محكمة العدل العليا خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغهم القرار.

وهكذا فإنه إذا تقرر تسجيل الشركة تقدم الوثائق التي تثبت أن الشركاء دفعوا ما لا يقل عن ٥٠٪ من رأس المال وأنه تم إيداع هذا المبلغ لدى أحد البنوك في المملكة، ويقوم بعد ذلك مراقب الشركات باستيفاء رسوم التسجيل ويصدر شهادة بتسجيل الشركة وينشر ذلك في الجريدة الرسمية.

البند الرابع: تنازل الشريك عن حصصه أو بيعها

لا يسأل الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة إلا في حدود الحصة التي قدمها، وله حق التنازل عن هذه الحصة بالطرق المدنية، وحق الحصول على نصيب من الأرباح، وكذلك اقتسام موجودات الشركة عند تصفيتها، وعُني المشرع بتنظيم انتقال الحصص وتحويلها بالطرق المدنية إلى شريك آخر أو إلى الغير، حيث نصت المادة ٧٢ من قانون الشركات لعام ٩٧ على أن: للشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة أن يتنازل عن حصصه في رأس مال الشركة إلى أي من الشركاء أو لغيرهم بموجب سند تحويل وفقاً للصيغة المحددة في نظام الشركة، ويتم قيده وتوثيقه لدى المراقب والإعلان عنه واستيفاء الرسوم المقررة لذلك. وللشريك حق التنازل عن حصصه بغير البيع إلى زوجه أو أحد أقاربه حتى الدرجة الثالثة أو إلى الوقف.

هذا وينتج التنازل عن الحصة فيما يتعلق بالشركة أو ما يتعلق بالغير من تاريخ قيده لدى مراقب الشركات حجة على الشركة وعلى الغير بما تضمنه، وأنه وإن كان المشرع قد أباح التنازل عن الحصص لغير الشركاء إلا انه وفي حالة البيع قدر أن يكون المتنازل له كمشتري من غير المرغوب فيهم، فقرر أن يكون للشركاء أفضلية شراء الحصص المراد التنازل عنها إذا رغبوا، وورد ذلك بنص المادة ٧٣ حيث قيد المشرع تنازل الشريك عن حصصه بالبيع بإجراءات ورد النص عليها في هذه المادة.

وبخصوص بيع الشريك لحصته في الشركة فتضمن نص المادة ٧٣ بأن: الشريك يمكن أن يبيع حصته في الشركة للغير وفق شروط وإجراءات تتم على النحو التالي:

١- تقديم طلب إلى مدير الشركة أو هيئة المديرين يوضح فيه الشريك رغبته ببيع حصته والسعر الذي يطلبه.

٢- إخطار الشركاء من قبل مدير الشركة أو هيئة المديرين بشروط التنازل والسعر الذي يطلبه راغب التنازل على أن يرسل هذا الإخطار للشركاء خلال أسبوع من تقديمه.

٣- للشركاء أولوية شراء الحصة المعروضة للبيع بالسعر الذي طلبه الشريك، وإذا كان راغبوا الشراء من الشركاء متعددون فتنقسم فيما بينهم الحصة المعروضة للبيع بنسبة حصصهم في الشركة.

٤- إذا اختلف راغبوا الشراء من الشركاء مع راغب البيع حول السعر المطلوب من الأخير يتولى مراقب الشركات إزالة الخلاف بتعين مدقق حسابات قانوني على نفقة الشركة لتحديد السعر بحيث يكون نهائياً، وتقسم الحصص المعروضة للبيع بين الشركاء الراغبين في الشراء.

٥- لا يحق للشركاء أن يطالبوا بشراء حصة الشريك التي أخطروا بشروط بيعها ولم يبد أي منهم رغبته في الشراء بالسعر المعروض أو بالسعر المقدر من مدقق الحسابات بعد ثلاثين يوم من تاريخ إخطارهم بشروط البيع.

٦- لراغب الشراء من غير الشركاء أن يشتري حصة الشريك المعروضة للبيع بالسعر المطلوب من صاحبها أو بالسعر المقدر من مراقب الشركات.

أما بخصوص الحصة التي يصدر حكم قضائي بالتنفيذ عليها فيتبع بشأنها إجراءات نصت عليها المادة ٧٤ من قانون الشركات، حيث أعطى حكم النص أولوية للشركاء في شراء حصة الشريك الصادر بحقه حكم بالتنفيذ على حصته وفق الإجراءات التالية:

- إذا تقدم دائن أحد الشركاء بدعوى وحصل على حكم بالتنفيذ على حصته في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فإن بيع هذه الحصة يتم بإعطاء أولوية الشراء لباقي الشركاء في الشركة.
- إذا لم يتقدم أحد الشركاء لشراء الحصص أو لم يتم الاتفاق على السعر خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الحكم القطعي، تعرض هذه الحصة للبيع بالمزاد العلني بحيث يتنافس الشركاء مع الغير على قدم المساواة لشراء تلك الحصص.

وبخصوص انتقال حصة الشريك، فإنه يتم بعد بيعها كما أسلفنا ويتم بالتنفيذ القضائي عليها ويتم بالتنازل عنها بالهبة والتبرع، كما أن الحصة تنتقل إلى ورثة الشريك من بعده، ولم يتدخل المشرع بأي قيد على انتقال حصة الشريك المتوفى إلى ورثته ولم يعط الشركاء أي حق في هذه الحصة، وورد نص المادة ٥٣/ج يتضمن: أنه إذا توفي أي شريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فتنتقل حصته إلى ورثته ويطبق هذا الحكم على الموصى لهم بأي حصة أو حصص في الشركة[1].

---

(١) راجع د.محمود سمير الشرقاوي. الشركات التجارية في القانون المصري ط٨٦ ص٢٥٨ ويقول: "ويجب على من يعتزم بيع حصته أن يبلغ سائر الشركاء عن طريق المديرين بالعرض الذي وجه إليه"، د. محمود الكيلاني. التشريعات التجارية والمعاملات الالكترونية ط٢٠٠٤، المحامي سمير نصار. الشركات التجارية ط٢٠٠٤ ص٢٨٨ ويقول أن المشرع السوري وضع أسساً لتنازل الشريك عن حصته في الشركة للغير، وحتى يصح هذا التنازل يجب أن يكون قد عرض الشريك العرض المقدم إليه بالشراء على الشركة فيسلم العرض إلى مدير الشركة الذي يبلغه للشركاء ولهم خلال مهلة شهر طلب شراء حصة الشريك ويسمى بحق الافضلية ولا يستعمل الشركاء حق الافضلية المحكي عنه إلا عندما يكون التنازل المطروح للغير وليس لأحد الشركاء".

المبحث الثاني
إدارة الشركة ذات المسؤولية المحدودة

نظم المشرع إدارة الشركة بالنص الوارد بالمادة ٦٠ وما بعدها على نحو يتولى إدارة الشركة مدير أو هيئة مديرين لا يقل عددهم عن اثنين ولا يزيد على سبعة، وتكون مدة ولاية هؤلاء أربع سنوات وتنتخب هيئة المديرين من بينها رئيساً لها ونائباً للرئيس، وحدد المشرع صلاحيات المدير وواجباته والأعمال التي لا يجوز له القيام بها، كما بين أحكاماً تتعلق بالهيئة العامة للشركة لجهة صلاحياتها، كما يتولى إدارة الشركة بالإضافة إلى المدير أو هيئة المديرين الهيئة العامة للمساهمين في الشركة، ونتحدث عن إدارة الشركات في الفقرات التالية:

البند الأول: مدير الشركة وسلطاته ومسؤولياته

أولاً: مدير الشركة

يدير الشركة مديرها بما له من صلاحيات كاملة نص عليها نظام الشركة على نحو تعتبر كافة الأعمال والتصرفات التي يقوم بها أو يمارسها ملزمه لها في مواجهة الغير الذي يتعامل مع الشركة بحسن نية حتى ولو تضمن عقد تأسيس الشركة أو نظامها قيداً على الصلاحيات المعطاة له.

ويتم تعيين المدير من قبل هيئة المديرين، كما يجوز أن يكون مديراً منفرداً عندما لا تدار الشركة من هيئة مديرين ويجوز أن يعين المدير من غير الشركاء، كما يجوز أن يكون أحد الشركاء أو أحد أعضاء هيئة المديرين على أن ذلك يجب أن يتلائم مع نظام الشركة.

كما ورد النص عليه في المادة ١/٧٥ من قانون الشركات بحيث تضمن طريقة إدارة الشركة وعدد أعضاء هيئة المديرين وصلاحياتهم وحدود اختصاصاتهم.

وينبني على ذلك أن نظام الشركة يتضمن أسماء هيئة المديرين أو المدير المعين أو المديرين وما إذا كانوا من الشركاء أو من غيرهم، وبيان الأجل لانتهاء مدة تعيينهم،

على أنه إذا لم يتضمن نظام الشركة أو عقد تأسيسها أجل انتهاء المدير، فإنه يمكن تقرير ذلك باجتماعات الهيئة العامة للشركة، كما يمكن تفسير السكوت عن ذكر المدة بما يفيد أن تعيين المدير يكون لمده غير محدودة تنقضي بانقضاء مدة الشركة.

ثانياً: سلطات مدير الشركة

يتولى مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة إدارتها بغرض تحقيق أهدافها، ومنحه القانون صلاحيات كاملة في إدارتها على أن لا يخالف ما نص عليه نظامها الأساسي، لذلك فإن لمدير الشركة ممارسة كافة الأعمال والقيام بكل التصرفات وإبرام العقود مع الغير، وأن آثار كافة هذه التصرفات تلتزم بها الشركة في مواجهة الغير في الحدود التي يكون عندها الغير حسن النية.

ونلاحظ أن المشرع بالمادة ٦٣ من قانون الشركات بعد أن قيد المدير بممارسة بعض الصلاحيات أطلق هذا القيد بخصوص تعامله مع الغير حسن النية، وأعفى المشرع الغير وهو يتعاقد مع المدير من مهمة تحري صلاحياته لأنه ليس من المعقول سؤال المدير عن حدود اختصاصه للتأكد منها لافتراض حسن النية.

هذا ويقع إثبات سوء نية الغير على من يدعي ذلك، بمعنى أن مجرد تعامل الغير مع مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة يعد بحسن نية ما لم يثبت خلاف ذلك، وأكد المشرع أنه لا يلتزم الغير بالتحقق من وجود أي قيد على صلاحيات المدير بمناسبة تعاقده معه.

ثالثاً: مسؤولية مدير الشركة وواجباته

يسعى مدير الشركة إلى تحقيق أغراضها بما يحقق لها ربحاً وهو إذ يمارس صلاحياته يكون مسؤولاً تجاه الشركة والشركاء وكذلك الغ[illegible]

أما مسؤوليته تجاه الشر[illegible] والش[illegible]ركاء فتقوم عندما يرتكب المدير أية مخالفه للقانون والأنظمة الصادرة بموجبه أو مخالفات لعقد تأسيس الشركة أو نظامها، كما أن مسؤوليته تتقرر عندما لا يتقيد بقرارات هيئة المديرين أو الهيئة العامة.

ويمارس مدير الشركة أعماله في إدارة الشركة بما يلقى عليه واجبات يجب تنفيذها، ومنها إعداد ميزانيه سنوية للشركة توضح حساباتها الختامية، وحساب الأرباح والخسائر، والتعزيز للبنود التي تضمنتها الميزانية.

كما يتعين على المدير أن يعد تقريره سنوياً عن أعمال الشركة وإنجازاتها ومشاريعها، ويتعين أن يقدم هذا التقرير إلى الهيئة العامة للشركة ونسخه منه إلى مراقب الشركات خلال ثلاثة أشهر من السنة المالية الجديدة.

وبخصوص الميزانية وحساب الأرباح والخسائر فيتعين أن يرافقها الإيضاحات اللازمة بحيث تكون هذه الوثائق مدققه من مدقق حسابات قانوني، أو وفق القواعد المحاسبية المتعارف عليها.

وأنه إذا كان مدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة يملك صلاحيات كاملة فإن المشرع قد حظر عليه القيام بأعمال أخرى حتى يكون متفرغاً لعمله مديراً.

أما الأعمال التي حظر المشرع على مدير الشركة القيام بها فهي:

١- تولي وظيفة في شركه أخرى ذات غايات مماثله.

٢- منافسة أعمال الشركة أو منافسة عمل مماثل لأعمال الشركة سواء أكان بأجر أو على سبيل التبرع.

٣- إدارة شركه أخرى ذات غايات مماثله أو منافسه للشركة إلا بموافقة الهيئة العامة بأغلبية لا تقل عن ٧٥٪ من الحصص المكونة لرأس المال.

وأكد المشرع المدير الذي يقوم بواحد من الأعمال التي لا يجوز له القيام بها بدون الحصول على موافقة الهيئة العامة بأن مراقب الشركات يتدخل لإعطائه مهلة ثلاثين يوماً لتوفيق أوضاعه، وإذا لم يمتثل يعاقب بغرامه لا تقل عن ألف دينار ولا تزيد عن عشرة آلاف دينار مع إلزامه بالضرر الذي يلحق بالشركة في حالة استمرار المدير بالمنافسة، ويتعرض المدير إلى فقدان وظيفته كلياً إذا لم يلتزم بما طلب منه خلال مهلة الثلاثين يوماً المنصوص عليها بالمادة ٦٣/ب من قانون الشركات.

البند الثاني: الهيئة العامة للشركة ذات المسؤولية المحدودة

الهيئة العامة هي مجموع الشركاء في الشركة وتصدر قراراتها بأغلبية الأصوات ما لم ينص القانون أو عقد تأسيس الشركة على خلاف ذلك.

وتعقد الهيئة العامة اجتماعاً سنوياً عادياً مره واحده في السنة خلال الأشهر الأربعة الأولى من السنة المالية للشركة بحيث يتولى مدير الشركة أو هيئة المديرين فيها دعوتها إلى هذا الاجتماع في موعد ومكان محددين.

وتعقد الهيئة العامة اجتماعات غير عاديه لمرة أو أكثر، وكلما دعت الضرورة على نحو توجه الدعوى لمثل هذه الاجتماعات من مدير الشركة أو من هيئة المديرين، ويتم دعوة الهيئة العامة إلى اجتماع غير عادي بناء على طلب عدد من الشركاء يملكون ربع رأس مال الشركة على الأقل، أو بناء على طلب مراقب الشركات، على أن الطلب المقدم من مراقب الشركات يتم بناء على طلب يقدم إليه من عدد من الشركاء يملكون ١٥٪ من رأس مال الشركة على الأقل، ويقتنع المراقب بالأسباب التي يقدمها هؤلاء الشركاء الداعية لعقد اجتماع الهيئة العامة غير العادي.

وفي حالة انعقاد الهيئة العامة في اجتماعها العادي أو غير العادي فإنه يحق لكل شريك أن يحضر الاجتماع مهما كان عدد الحصص التي يملكها في رأس المال، وله حق مناقشة الأمور المعروضة في جدول أعمال الاجتماع والتصويت على القرارات التي تتخذها الهيئة ولكل شريك أن يفوض غيره بالحضور إلى اجتماع الهيئة العامة ليمثله في هذا الاجتماع.

وبخصوص حضور الشريك فيتم بعد أن يتبلغ دعوة توجه له لغايات حضور اجتماع الهيئة العامة العادية أو غير العادية، أو يتم تبليغ الشريك الدعوة سواء بتسليمها له باليد مقابل التوقيع بالاستلام، أو بإرسالها له بالبريد المسجل على أن ترسل له بالوسيلة الأخيرة قبل خمسة عشر يوماً على الأقل من التاريخ المحدد لعقد الاجتماع.

أما مراقب الشركات فلا يدعى لحضور اجتماعات الهيئة العامة العادية وغير العادية، على أنه يتعين أن يرسل له محضر الاجتماع موقع من رئيس الاجتماع ومن كاتب المحضر خلال عشرة أيام من تاريخ الاجتماع.

ويكون نصاب اجتماع الهيئة العامة العادي قانونياً بحضور عدد من الشركاء يمثلون أكثر من نصف رأس مال الشركة، وأنه إذا لم يتوافر هذا النصاب خلال ساعة من الوقت المحدد لبدء الاجتماع يؤجل الاجتماع إلى موعد آخر يعقد خلال خمسة عشر يوماً من التاريخ المحدد للاجتماع الأول، ويعاد تبليغ الشركاء الذين لم يحضروا، ويكون النصاب في الاجتماع الثاني قانونياً بحضور أي عدد من الشركاء ومهما كانت نسبة ما يملكون من رأس المال.

أما نصاب اجتماع الهيئة العامة غير العادي فيكون قانونياً بحضور عدد من الشركاء يمثلون ٧٥٪ من الحصص المكونة لرأس المال ما لم ينص نظام الشركة على نسبة أعلى، وإذا لم يتوافر هذا النصاب خلال ساعة من الوقت المحدد لبدء الاجتماع يؤجل الاجتماع إلى موعد آخر خلال عشرة أيام من التاريخ المحدد للاجتماع الأول، ويعاد تبليغ الشركاء الذين لم يحضروا ويكون النصاب في الاجتماع الثاني قانونياً بحضور ٥٠٪ على الأقل من الحصص المكونة لرأسمال الشركة ما لم ينص نظام الشركة على أغلبية أعلى، أما إذا لم يتوافر يلغى الاجتماع مهما كانت أسباب الدعوة إليه.

أولاً: جدول أعمال الهيئة العامة في اجتماعها العادي

ويتضمن جدول أعمال الهيئة العامة العادي في اجتماعها السنوي:

١- مناقشة تقرير المدير أو هيئة المديرين عن أعمال الشركة وأوجه نشاطها ومركزها المالي خلال السنة المالية السابقة والخطط المستقبلية للشركة.

٢- مناقشة ميزانية الشركة وحساب أرباحها وخسائرها وتدفقاتها النقدية والمصادقة عليها بعد تقديم مدقق الحسابات لتقريره ومناقشته.

٣- انتخاب مدير الشركة أو هيئة المديرين لها حسب مقتضى الحال.

٤- انتخاب مدقق حسابات الشركة وتحديد أتعابه.

٥- أية أمور أخرى تتعلق بالشركة تعرض على الهيئة العامة من قبل مدير الشركة أو هيئة المديرين أو يقدمها أي شريك وتوافق الهيئة العامة على مناقشتها، بشرط أن لا يكون ذلك من بين الأمور التي لا تعرض على الهيئة العامة إلا باجتماعها غير العادي.

ثانياً: جدول أعمال الهيئة العامة في اجتماعها غير العادي

يعرض الجدول على الهيئة العامة باجتماعها غير العادي ولا يجوز مناقشة أي أمر لم يرد فيه، وأن الأمور التي تجوز مناقشتها تشمل:

١- النص المعدل لعقد تأسيس الشركة ونظامها.

٢- تخفيض أو زيادة رأس مال الشركة وتحديد مقدار علاوة الإصدار أو خصم الإصدار.

٣- دمج الشركة أو اندماجها بأي من طرق الاندماج الواردة بالقانون.

٤- فسخ الشركة وتصفيتها.

٥- إقالة مدير الشركة أو هيئة المديرين فيها أو أي من أعضائها.

٦- بيع الشركة أو بيع كامل موجوداتها أو تملك شركة أخرى أو شراء موجوداتها كلياً أو جزئياً.

٧- كفالة التزامات الغير إذا اقتضت مصلحة الشركة ذلك.

٨- أي أمر يدخل ضمن اختصاص الهيئة العامة غير العادية نص عليها القانون أو نظام الشركة الأساسي.

المبحث الثالث
زيادة رأس مال الشركة أو تخفيضه

البند الأول: زيادة رأس مال الشركة

إذا حققت الشركة تقدماً في نشاطها وازدهرت أحوالها، فإنها تكون بحاجة لمواجهة النمو في هذا النشاط[1] عن طريق البحث عن مصادر التمويل، وأيضا إذا لحقت بالشركة خسائر زادت عن نصف رأسمالها فإنه لا يكون أمامها سوى تصفية الشركة أو تصحيح أوضاعها عن طريق زيادة رأس مالها، وأزاء ذلك لا يكون أمامها سوى الاقتراض أو الحصول على اعتماد مصرفي أو زيادة رأس مالها[2]. على أنه إذا قررت زيادة رأس المال فتكون حصلت على الزيادة النقدية فيه، أما على شكل حصص جديدة يكتتب بها أصحاب الحصص الأصليين كل بنسبة حصته أو عن طريق شركاء جدد يوافق عليهم مجموعة الشركاء الأصليين.

وتتحقق الزيادة في رأس مال الشركة بقرار من الهيئة العامة غير العادية للشركة وفق نص المادة ٦٧ من قانون الشركات بعد أن يكون الشركاء قد دفعوا حصصهم بالكامل. وعليه فإن شروط زيادة رأس مال الشركة هي:

أ- موافقة الهيئة العامة غير العادية للشركة.

ب- أن يكون رأس مال الشركة المصرح به قد دفع بالكامل.

ج- أن تتضمن موافقة الهيئة العامة بيان للطريقة التي يتم بها تغطية الزيادة في رأس المال.

أما طرق تغطية الزيادة في رأس المال فهي على ما ورد النص به في المادة ١١٢ من قانون الشركات:

---

(١) أنظر نص المادة (٧٥) من قانون الشركات.

(٢) لا يجوز للشركة ذات المسؤولية المحدودة زيادة رأسمالها عن طريق الاكتتاب العام وليس لها ان تصدر سندات قابلة للتداول (سندات قرض) كما هو الحال فيما يخص الشركة المساهمة العامة.

أ- إصدار أسهم جديدة يشتريها المساهمون أو غيرهم.

ب- ضم الاحتياطي الاختياري إلى رأس المال.

ج- ضم الأرباح السنوية أو المتراكمة إلى رأس المال.

د- رسملة الديون المترتبة على الشركة أو أي جزء منها شريطة موافقة أصحاب هذه الديون خطياً (إطفاء الديون)[1].

لذلك فإن زيادة رأس مال الشركة يكون في إحدى ثلاث حالات هي:

أولاً: إنشاء حصص جديدة

وهذه الحالة يتم بموجبها زيادة رأس المال عن طريق زيادة عدد الحصص في الشركة عن غير طريق الاكتتاب العام، ويمكن للشركاء شراء هذه الحصص كما يمكن لغير الشركاء ذلك إذا تضمنت موافقة الهيئة العامة أن لغير الشركاء شراء هذه الحصص.

ويقسم مبلغ الزيادة إلى حصص متساوية لها نفس القيمة للحصص التي أنشأتها الشركة عند تأسيسها، ويتم تعديل البيانات الإدارية والمحاسبية ويتم إبلاغ مراقب الشركات، كما يجوز أن يكون مقابل هذه الحصص مبالغ مالية نقدية أو أموالاً عينية، بحيث يتم تقييم الحصص العينية بذات القواعد التي تسري في حالة تقييم الحصص العينية عند تأسيس الشركة.

ثانياً: رسملة ديون الشركة (تحويل الديون إلى حصص)

إذا رأت الهيئة العامة أن من مصلحة الشركة رسملة بعض ديونها فإنها تعرض هذا الأمر على الدائنين حتى إذا وافقوا فإنها تجري مقاصة فيما بين حقوق الدائنين لدى الشركة والحقوق التي تنشأ للشركة نتيجة إعطاء الدائنين حصصاً جديدة، وتكون الحصص التي أنشأتها الشركة مساوية لقيمة الحصص التي أصدرتها عن تأسيسها.

---

(١) نصت المادة (١١٢) من قانون الشركات على ان هذه الطرق متبعة لزيادة راس المال في الشركة المساهمة العامة، وهي ذاتها في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، لان نص المادة (٧٦) أحال على الأحكام القانونية الواردة بخصوص الشركة المساهمة عند عدم وجود نص صريح في الأحكام المتعلقة بالشركات ذات المسؤولية المحدودة.

ثالثاً: تحويل الاحتياطي الاختياري أو الأرباح المتراكمة إلى حصص جديدة

تضمن نص المادة ٧٠ من قانون الشركات حكماً أوجب بمقتضاه على الشركة ذات المسؤولية المحدودة أن تقتطع من أرباحها السنوية الصافية نسبة ١٠٪ لحساب الاحتياطي الإجباري و٢٠٪ من أرباحها السنوية الصافية لحساب الاحتياطي الاختياري[1].

ولما كان الاحتياطي الاختياري يتم استخدامه لأغراض الشركة، أو توزيعه على الشركاء كأرباح أو لمواجهة بعض أعباء الشركة، لذلك فإنه لا يمتنع على الشركة تحويل هذه المبالغ إلى رأس المال في صورة إنشاء حصص جديدة توزع على الشركاء بنسبة نصيب كل منهم في الربح، وبذلك يكون رأس مال الشركة قد زاد بمقدار تلك الحصص على نحو يتحقق الغرض الذي قررته الهيئة العامة غير العادية للشركة.

البند الثاني: تخفيض رأس مال الشركة

أما بخصوص تخفيض رأس مال الشركة فتظهر حاجة الشركة إلى فعل ذلك بتحقق أحد الفرضين:

الأول: أن يصبح رأس مال الشركة أكبر من حاجة الشركة في نشاطها، كما لو كسدت التجارة أو قل إقبال المستهلكين على منتوجاتها بحيث أصبح جزء من رأس المال غير مستغل ولا ينتج ربحاً ولا تستفيد منه الشركة، بحيث يكون من الخير أن ترد الشركة المبالغ من رأسمالها الزائدة عن حاجتها إلى الشركاء.

الثاني: أن تصاب الشركة بخسائر يصبح معه أمر توزيع الأرباح متعذراً لأن جبر رأس المال مقدم على توزيع الأرباح[2] ويفضل الشركاء تخفيض رأس مال الشركة وتثبيته عند حد الخسارة، حتى يحصلون على الربح في السنوات التالية.

---

(١) يتوقف اقتطاع نسبة الـ٢٠٪ من أرباح الشركة عندما يصل مبلغ الاقتطاعات حداً يتساوى مع راس مال الشركة، انظر نص المادة (١/٧٠) من قانون الشركات.

(٢) انظر د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق ص١٣٦.

ويشترط في حالة تخفيض رأس مال الشركة بسبب الخسارة أو عدم الحاجة إلى رأس المال المسجل أن لا يترتب على التخفيض نزولاً برأس المال إلى أقل من الحد الأدنى القانوني وهذه ثلاثون ألف دينار[1].

وجاء حكم القانون بخصوص تخفيض رأس مال الشركة بنص المادة ٦٨ من قانون الشركات الواردة على النحو التالي:

"أ- للشركة ذات المسؤولية المحدودة أن تخفض رأس مالها إذا زاد عن حاجتها أو إذا لحقت بها خسائر تزيد على نصف رأس مالها على أن تراعي في هذه الحالة أحكام المادة ٧٥ من هذا القانون.

ب- على المراقب أن ينشر إعلاناً على نفقة الشركة ذات المسؤولية المحدودة في صحيفة يومية على الأقل ثلاث مرات متتالية يتضمن قرار الهيئة العامة للشركة بتخفيض رأس مالها، ويحق لكل من دائنيها الاعتراض خطياً على التخفيض لدى المراقب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نشر آخر إعلان لقرار التخفيض، وللدائن حق الطعن في قرارات التخفيض لدى المحكمة إذا لم يتمكن المراقب من تسوية اعتراضه خلال ثلاثين يوماً من تقديمه إليه على أن لا يوقف هذا الطعن إجراءات التخفيض إلا إذا قررت المحكمة ذلك".

وينطوي تخفيض رأس مال الشركة على خطورة متعلقة بدائني الشركة وتتمثل هذه الخطورة في إضعاف الضمان العام المتمثل برأس المال، ويكون لجوء الشركة إلى هذه الإجراءات بسبب زيادة رأس المال عن حاجة الشركة على نحو تكون إعادته إلى الشركاء أفضل من الاحتفاظ به دون استقلاله، حتى لا يبقى الاختلاف ظاهراً بين رأس المال الفعلي ورأس المال الاسمي.

هذا ويكون تخفيض رأس المال بقرار من الهيئة العامة للشركة وفق إحدى الصور التالية:

أ- تخفيض الجزء من رأس المال غير المدفوع

---

(١) انظر نص المادة (٥٤) من قانون الشركات.

ب- تخفيض رأس المال المدفوع برد المبلغ الزائد عن حاجة الشركة إلى الشركاء.

ج- تخفيض رأس المال المدفوع عندما تطرأ على الشركة خسارة بحيث يصبح رأس المال المصرح به لا يساوي الذمة المالية للشركة.

الفصل الرابع
الشركات المساهمة العامة

أوضحنا في الأحكام العامة للشركات أن الشركة المساهمة العامة لا تقوم على الاعتبار الشخصي، بما يعني أن تجميع رأس المال هو الهدف الرئيس الذي يسعى له المؤسسون بهدف بناء مشروع يكلف نفقات كبيرة قد لا يقوى عليها الأفراد.

لذلك فإن فكرة الشركة المساهمة العامة قامت منذ القدم على تجميع رأس المال بهدف إنشاء مشروع كبير، وأيضا على أساس أن هذا المشروع يحقق أرباحاً عالية يتعين أن يستفيد منها عدد كبير من الناس.

وناقش المشرع الأردني الشركات المساهمة العامة في قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ٩٧ وتعديلاته في الباب السادس منه، حيث أورد أحكامها في عشرة فصول، تحدث في الأول عن تأسيس الشركة وتسجيلها، وفي الثاني عن رأس مالها وأسهمها، وفي الثالث عن الاكتتاب بأسهم الشركة وتغطيتها، وفي الرابع عن الأسهم العينية، وفي الخامس والسادس تحدث عن زيادة رأس المال وتخفيضه، كما تحدث في الفصل السابع عن أسناد القرض، وفي الفصل الثامن ناقش المشرع إدارة الشركة، وتحدث في الفصل التاسع عن الهيئة العامة للشركة واجتماعاتها العادية وغير العادية، وفي الفصل العاشر تحدث المشرع عن حسابات الشركة لغايات اتباع الأصول المحاسبية وتوزيع الأرباح والخسائر وبيان اقتطاعات الاحتياطي الإجباري والاحتياطي الاختياري والاحتياطي الخاص.

كما افرد المشرع في الأبواب الثامن والتاسع والعاشر والثاني عشر حديثاً عن بعض أنواع الشركات المساهمة العامة مثل الشركة القابضة وشركة الاستثمار المشترك والشركة المعفاة والشركة الأجنبية.

وجدير بالذكر أن أعمال البنوك والشركات المالية والتأمين والشركات ذات الامتياز مقصورة على الشركات المساهمة العامة.

وبخصوص شرح هذه الأحكام فنتبع خطه لتوزيعها في المباحث التالية وسنراعي التسلسل الذي وردت به في نصوص القانون والتي تضمنتها المواد من ٩٠ ـ ١٩١:

المبحث الاول: تأسيس الشركة المساهمة العامة ويتضمن الحديث تعريف الشركة وتحديد مضمون ذمتها المالية وتسجيلها وبيان رأس مالها وأسهمها وكيفية تسديدها وأسس الاكتتاب بها، بالإضافة إلى بيان ماهية الأسهم العينية والسندات التي تصدرها.

المبحث الثاني: إدارة الشركة المساهمة العامة، ويتضمن الحديث الجهات التي تدير الشركة، وهي مجلس الإدارة والهيئة العامة ومدققو الحسابات.

المبحث الثالث: تصفية الشركة المساهمة العامة.

المبحث الأول
تأسيس الشركة المساهمة العامة

يتم تأسيس الشركة المساهمة العامة باتفاق بعض الأشخاص وفق عقد مكتوب يتم توقيعه من المؤسسين أمام كاتب العدل أو مراقب الشركات أو أحد المحامين المجازين ويلتزمون بموجبه بإنشاء شركة مساهمة عامة على نحو يقومون بإتمام الإجراءات اللازمة للتأسيس وفق أحكام القانون.

وجاء تعريف الشركة بالمادة ٥٨٢ من القانون المدني بما يلي:

"الشركة عقد يلتزم بمقتضاه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم في مشروع مالي بتقديم حصته من مال أو من عمل لاستثمار ذلك المشروع واقتسام ما قد ينشأ عنه من ربح أو خسارة".

وكرس المشرع في قانون الشركات التعريف الوارد بالقانون المدني عندما أتى على ذلك بالمادة ٩٠ من قانون الشركات حيث نصت:

" تتألف الشركة المساهمة العامة من عدد من المؤسسين لا يقل عن اثنين يكتتبون فيها باسهم قابلة للإدراج في أسواق للأوراق المالية وللتداول أو التمويل وفقاً لأحكام هذا القانون وأي تشريعات أخرى معمول بها".

وبذلك يكون المشرع في قانون الشركات رقم ٢٢ لسنة ٩٧ قد كرس التعريف الوارد بالقانون المدني واعتبر أن المؤسسين يوقعون عقد التأسيس وهم ملتزمون بدعوة غيرهم للاكتتاب في أسهم الشركة، بما يؤكد أن الشركة لا يجوز أن تتكون من شخص واحد كما هو شأن الشركة ذات المسؤولية المحدودة، كما أجاز المشرع أن يبادر إلى تأسيس هذه الشركة شخص واحد كما ورد بالمادة ٩٠/ب من قانون الشركات، وصرح لمن تؤول له ملكية أسهم الشركة كاملة أن يكون مالكاً لهذه الشركة بمفرده[1].

---

(١) اجاز المشرع ان يؤسس الشركة المساهمة العامة شخص واحد، كما أجاز ان تؤول ملكية الشركة إلى شخص واحد في حال شرائه كامل أسهمها ولم يصرح المشرع فيما إذا كان يجوز تكوين الشركة من شخص واحد ونرى ان إعطاء فرصة لشخص واحد يتملك الشركة المساهمة العامة يخرج بهذه الشركة عن مفهومها القانوني، ويتناقض مع حكمة المشرع من إقرار احكام الشركة المساهمة العامة.

ونقـدم للحـديث عـن الـشركة المـساهمة العامـة بمـوجز عـن التعريـف بهـا وخصائصها، وإجراءات المباشرة في تأسيسها، وبعد ذلك نتحدث عن إجراءات التأسيس والتسجيل ورأس المال والأسهم والسندات التي تصدرها.

١- تقـوم الـشركة المـساهمة العامـة علـى فكـرة تعـدد الـشركاء بحيـث يكتتبون بأسـهمها الـتي تـصبح قابلـة لإدراجهـا في أسـواق الأوراق الماليـة لغايات تداولها، وقيام الشركة يعني تحديد الأساس الذي تتميـز بـه عـن غيره لجهة تحديد اسمها وعنوانها وغاياتها، ويتعين أن يرد اسمها ويرادفه عبـارة شـركة مـساهمة عامـة محـدودة، ولا يجـوز أن يـرد اسـم الـشخص الطبيعـي كاسـم للـشركة إلا إذا كانـت غاياتهـا اسـتغلال بـراءة اخـتراع مسجلة باسم الشخص المراد تسمية الشركة باسمه.

٢- تقوم الشركة المساهمة العامة على مبدأ استمرارها لمدة غير محدودة كـأصـل عـام، وأجـاز المـشرع أن تقـوم الـشركة لمـدة محـددة كإتمـام المشروع الذي أسست لغايات تنفيذه، بحيث تنقضي الشركة بانقضائه، ويجـب أن يكـون للـشركة ذمـة ماليـة مـستقلة عـن ذمـم الـشركاء، وتتكـون هـذه الذمـة مـن مجمـوع مـا يقتطعـه كـل مـساهم مـن ذمتـه الشخـصية لتتكـون مـن مجمـوع الاقتطاعـات ذمـة الـشركة، ويكـون المجمـوع ممـثلاً لحـصص نقديـة أو عينيـة، علـى أسـاس أن مـا يقدمـه المساهمون من مقدمات عينية يقوم بالنقود لتشكل هذه المقدمات أسهما ذات قيمـة نقديـة تـضاف إلى الأسـهم النقديـة، لـذلك فـإن المـساهمات النقديـة والعينيـة بالإضـافة لمـا تمتلكـه الـشركة مـن موجـودات منقولـة وغـير منقولـة يمثـل الذمـة الماليـة، بمـا يعـني قيـام مـسؤوليتها في مواجهـة دائنيها بتلك الأموال والموجودات كضمان لالتزاماتها المترتبة عليها.

ولهذه الجهة نقول أن مسؤولية الشريك الشخصية عن الديون والالتزامات منتفية إذا قام بدفع قيمة الأسهم التي اكتتب فيها عند إعلان الاكتتاب،

أما إذا كان المساهم مديناً للشركة بجزء من قيمة الأسهم التي اكتتب فيها فلا تنتفي مسؤوليته عن ديون والتزامات الشركة بقيمة ما هو مدين لها من ثمن الأسهم، بمعنى أن من يكتتب بعشرة آلاف سهم ولا يدفع جزء من ثمنها فإن التزامه بدفع الباقي يجعله مسؤولاً عن ديون الشركة والتزاماتها بمقدار مالم يتم دفعه من قيمة الأسهم.

٣- تمتاز الشركة المساهمة العامة بأنها أفضل المشروعات المالية التي يستثمر فيها المال من غير حاجة إلى جهد صاحب المال، وفائدة ذلك تعود لأولئك الذين تعوقهم أعمالهم عن استغلال ما ادخروه من المال، على أساس أن اشتراك هؤلاء في الشركة المساهمة لا يكلفهم تعباً وتختصر مهامهم في مطالعة الصحف لاستطلاع أخبار الشركة ومعرفة حال أسهمها في بورصة الأوراق المالية وحضور جلسات الهيئات العامة.

٤- تمتاز الشركة المساهمة العامة إنها مفيدة للغني والفقير بحيث يستثمر الغني أمواله فيها ليحصل على ربح وفير ويجد فيها الفقير نصيباً لأرباح رأس ماله القليل في مشروع مالي كبير يتوقع له النجاح بالإضافة إلى أن المساهمة في هذه الشركة يمثل أحدى وسائل الادخار.

أما ما يقال عن هذه الشركات إنها محور الشروط المالية وركائز الصناعة وقاعدة الاتجار في دول العالم بعد أن كانت في الماضي وسيلة للاستعمار، على غرار شركة الهند الشرقية وشركة الهند الشرقية الفرنسية حيث تأسست الأولى كشركة بريطانية عام ١٦٠٠ بغرض السيطرة على بلاد الشرق وبشكل خاص الهند، فإن ذلك القول يجد أساسه في الشركات متعددة الجنسية والشركات المشتركة التي تخلط في أهدافها الاقتصاد والتجارة والسياسة.

البند الأول: إجراءات تأسيس الشركة المساهمة العامة

لم يتصد المشرع إلى تعريف الشركة المساهمة العامة، وما يستدل من أحكامها الواردة في قانون الشركات يعتبر تعريفا لها بأنها شركة مكونة من شركاء لا يعرفهم الجمهور ولا يلزمون من الخسارة إلا بقدر أسهمهم فيها.

كما تحدث المشرع عن المؤسسين لجهة عددهم وصلاحياتهم ومهامهم في أحكام متفرقة من قانون الشركات، ولم يعرف المشرع المؤسس كما هو شأن التشريعات الإنجليزية والفرنسية، أما الفقه فعرف **المؤسس** بأنه الشخص الذي يعمل على أن تقف الشركة على قدميها. وعرف بعض التشريعات المؤسس بأنه " كل من وقع العقد الابتدائي للشركة" على أساس أن العقد الابتدائي هو الذي يرتب على عاتق موقعيه التزامات بالعمل على تحقيق الهدف المشترك وهو الشركة[1].

وبخصوص عدد المؤسسين فورد النص بشأنه في المادة ٩٠/أ من القانون بأنه لا يقل عن اثنين غير أن المشرع استثنى من القاعدة إمكانية تأسيس الشركة المساهمة العامة من شخص واحد كما أجاز المشرع أن يتملك شخص واحد شركة مساهمة عامة في حالة واحده ورد النص عنها في المادة ٩٠/ب من القانون بأنه يجوز للوزير بناء على تنسيب المراقب الموافقة على أن يكون مؤسس الشركة المساهمة العامة شخصاً واحداً أو أن تؤول ملكية الشركة إلى مساهم واحده في حال شرائه كامل أسهمها.

هذا وميز قانون الشركات رقم ١٩٩٧/٢٢ وتعديلاته فيما بين شركات المساهمة العامة وشركات المساهمة الخاصة بخصوص إجراءات تأسيس كل منهما، ذلك أن شركات المساهمة العامة تطرح أسهمها وبحكم القانون للاكتتاب العام، في حين لا ينطبق هذا الحكم على الشركة المساهمة الخاصة، وكذلك فان أسهم الشركة المساهمة العامة تطرح للتداول بحكم القانون في حين لا تطرح أسهم الشركة المساهمة الخاصة للتداول إلا إذا قررت الشركة إدراج أوراقها المالية في سوق البورصة لتداولها من خلاله وفق الأنظمة والتعليمات الصادرة عن هيئة الأوراق المالية.

وهكذا تتكون الشركة المساهمة العامة من عدد كبير من المساهمين لا يعرفون بعضهم البعض، وتقوم هذه الشركة على تجميع مساهمات المساهمين بعد طرح أسهمها للاكتتاب العام، بما يعني أنه على المؤسسين أن يحرروا عقدا فيما بينهم

---

(١) انظر في تعريف المؤسس د. سميحة القليوبي. القانون التجاري. الشركات التجارية الخاصة. ط٨١ ص١٩١، د.علي البارودي. القانون التجاري ص٢٧٧، د. مصطفى كمال طه، المرجع السابق. ص٢٥٥، وعرف المشرع المصري المؤسس بالمادة (٧) من قانون ١٥٩ لسنة ٨١ بأنه: "كل من يشترك اشتراكاً فعلياً في تأسيس الشركة بنسبة تحمل المسؤولية الناشئة عن ذلك".

يتضمن أسماء المتعاقدين وغرض الشركة ومقدار رأسمالها وعدد الأسهم المكتتب بها من المؤسسين وعدد الأسهم المطروحة للاكتتاب ومدة الشركة ومركزها، ويكتمل عقد تأسيس الشركة بوضع نظام للشركة يبين الشروط التي تسير عليها الشركة وغالبا ما يتضمن النظام ذات الشروط التي ورد النص عليها في قانون الشركات.

ولغايات مباشرة إجراءات التسجيل فإن المؤسسين يقدمون طلباً لتسجيل الشركة إلى مراقب الشركات مرفقاً به عقد تأسيسها ونظامها الأساسي وأسماء المؤسسين ويوقع الطلب والعقد والنظام من كل مؤسس أمام مراقب الشركات او أمام كاتب العدل أو أحد المحامين المجازين.

وبعد دراسة الطلب من قبل مراقب الشركات ينسب إلى وزير الصناعة والتجارة بقبول تسجيل الشركة أو رفض هذا التسجيل خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الطلب إليه ليقرر الأخير خلال مدة أقصاها ثلاثين يوما من تاريخ تنسيب المراقب بقبول تسجيل الشركة أو رفض هذا التسجيل، على أنه إذا انقضت مدة ثلاثين يوما ولم يصدر وزير الصناعة والتجارة قرارا بالقبول أو الرفض يعتبر الطلب مقبولا، ولمؤسسي الشركة في حالة رفض الوزير تسجيل الشركة الطعن في قراره لدى محكمة العدل العليا.

هذا وحدد المشرع إجراءات يتعين أن يقوم بها المؤسسون لغايات تسجيل الشركة المساهمة العامة. وهي تقديم طلب لتأسيسها على نموذج أعد خصيصاً لهذا الغرض، ويعني ذلك أن عقد الشركة يعد من العقود الشكلية التي لا ينبرم معها العقد إلا باكتمال أربعة أركان هي الرضا والأهلية كركن أول والمحل كركن ثاني والسبب كركن ثالث أما الركن الرابع فهو ما يتعين قيامه في العقود الشكلية على الكتابة بالصيغة القانونية.

وتأسيسا على ذلك فإن تقديم طلب تأسيس شركة مساهمة عامة على غير النموذج المعد وفق نص المادة ٩٢ من قانون الشركة يجعل هذا الإجراء باطلا ويؤدي إلى القول أن عقد الشركة لم ينبرم.

ويتعين أن يقدم المؤسسون هذا الطلب إلى مراقب الشركات مرفقا به عقد تأسيسها ونظامها الأساسي وأسماء المؤسسين ويتضمن محضر اجتماع المؤسسين انتخاب لجنة مؤسسين تتولى الإشراف على إجراءات التأسيس وتحديد صلاحية التوقيع

عن الشركة أثناء فترة التأسيس بالإضافة إلى تحديد اسم مدقق الحسابات الذي اختاره المؤسسون لمرحلة التأسيس.

وهكذا فان ما يجب إرفاقه مع الطلب الذي يقدمه المؤسسون وفق أحكام القانون هو:

١- عقد تأسيس الشركة.
٢- نظام الشركة الأساسي.
٣- أسماء مؤسسي الشركة.
٤- محضر اجتماع المؤسسين.
٥- اسم مدقق الحسابات.

وبخصوص عقد تأسيس الشركة فهو ما يعلن بموجبه المؤسسون عن رغبتهم بتأسيس الشركة ويتحقق ذلك بمبادرة كل واحد منهم بدفع مساهمته في رأس مال الشركة وقيامه بما يوكل إليه بغرض إتمام الإجراءات التي تسبق تأسيس الشركة.

أما نظام الشركة فهو ما يحدد فيه الصلاحيات والاختصاصات والأهداف التي يراها المؤسسون عند مبادرة تأسيس الشركة وكيفية إدارة الشركة وتوزيع الأرباح والخسائر، هذا وحدد المشرع البيانات التي يتعين على المؤسسين أن يضمنوها عقد التأسيس والنظام الأساسي بحيث يحتويان البيانات التالية:

١- اسم الشركة.
٢- مركز الشركة الرئيس.
٣- غايات الشركة.
٤- أسماء مؤسسي الشركة وجنسياتهم وعناوينهم المختارة وعدد الأسهم المكتتب بها.
٥- رأس مال الشركة المصرح به والجزء المكتتب به فعلاً.
٦- بيان بالمقدمات العينية في الشركة إن وجدت وقيمتها.
٧- بيان بحقوق الأولوية للمساهمين وحاملي إسناد القرض القابلة للتحويل فيما يتعلق بالاكتتاب بأي إصدارات جديدة للشركة.

٨- كيفية إدارة الشركة والمفوضين بالتوقيع في الفترة مابين تأسيسها واجتماع الهيئة العامة الأول الذي يجب أن يعقد خلال ستين يوماً من تاريخ تأسيس الشركة.

٩- تحديد أسلوب وشكل وطريقة دعوة مجلس إدارة الشركة للاجتماع.

كما أوجب المشرع في المادة ٩٢ فقرة ج أن يوقع عقد التأسيس والنظام الأساسي من كل مؤسس أمام مراقب الشركات أو من يفوضه خطيا، وأجاز أن يتم هذا التوقيع أمام كاتب العدل أو أحد المحامين المجازين. هذا وقصر المشرع حق ممارسة بعض الأعمال على الشركات المساهمة العامة عندما منع غيرها من القيام بها، وهذه الأعمال هي أعمال البنوك والشركات المالية وشركات التأمين والشركات ذات الامتياز، بمعنى أن القيام بمثل هذه الأعمال مقصور على الشركات المساهمة العامة.

وبعد اكتمال الطلب ومرفقاته على ما ورد ذكره يصدر وزير الصناعة والتجارة وبناء على تنسيب مراقب الشركات قرارا بالموافقة على تسجيل الشركة أو رفض هذا التسجيل، ويتعين أن يصدر هذا القرار خلال ثلاثين يوما من تاريخ تقديم الطلب إليه على أنه إذا لم يصدر القرار بالموافقة أو الرفض خلال المدة المحددة في حكم المادة ٩٤ وهي ثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب يعتبر الطلب مقبولاً.

أما إذا كان قرار وزير الصناعة برفض تسجيل الشركة فإن للمؤسسين أن يطعنوا فيه لدى محكمة العدل العليا خلال ستين يوما من تاريخ تبليغ قرار رفض التسجيل.

البند الثاني: رأس مال الشركة

يتفق المؤسسون على تحديد رأس مال الشركة بما لا يقل عن خمس مائة ألف دينار مع مراعاة الحد الأدنى الذي تتطلبه بعض أنواع الشركات مثل البنوك وشركات التأمين، والشركات ذات الامتياز والشركات المالية، ويكون تحديد رأس المال بالدينار الأردني بحيث يقسم إلى أسهم اسمية بقيمة دينار واحد للسهم ولا يقبل السهم التجزئة إلا في حالة الإرث وفق نص المادة ٩٦ من قانون الشركات:

"ويشترط أن يكتتب المساهمون برأس المال المحدد على أنه يجوز أن يكون مجموع الأسهم التي اكتتب فيها المساهمون يقل عن رأس المال المصرح به بما لا يقل عن ١٠٠ ألف دينار أو ٢٠٪ من رأس المال على أن يسدد الجزء غير المكتتب به خلال ثلاث سنوات من تاريخ تسجيل الشركة أو من تاريخ زيادة رأس المال، وتكون أسهم الشركة نقدية تسدد دفعة واحدة، وتكون عينية تعطي مقابل مقدمات عينية مقومة بالنقد مثل حقوق الامتياز وحقوق الاختراع والمعرفة الفنية، شريطة أن يوافق على هذه المقدمات المؤسسون بعد قناعتهم بتقرير يقدم لهم من ذوي الخبرة والاختصاص يحدد فيه قيمة هذه المقدمات".

هذا ويراعى في المقدمات العينية شروطاً ورد النص عليها بالمادة (٩٧) من قانون الشركات موداها ما يلي:

١- إذا لم يلتزم أصحاب المقدمات العينية بتسليمها أو نقل ملكيتها إلى الشركة خلال شهر من تاريخ تسجيلها فيكونوا ملزمين حكماً بدفع قيمتها نقداً أو بالسعر الذي اعتمده المؤسسون في طلب تأسيس الشركة، وللمراقب طلب ما يثبت صحة تقدير قيمة المقدمات العينية.

٢- إذا لم يقتنع المراقب بصحة تقدير الأسهم العينية المقدمة من قبل المؤسسين فعلى الوزير تشكيل لجنة على نفقة الشركة من ذوي الاختصاص والخبرة لتقدير الحق المراد تقويمه بالنقد على أن يكون أحد المؤسسين من أعضاء اللجنة.

وهكذا فإن رأس مال الشركة المساهمة العامة يساوي مجموع القيمة التي تمثل الحصص العينية والأسهم النقدية للمساهمين والثابتة في السندات التي تصدرها الشركة وتلتزم برد قيمتها أثناء قيامها أو عند تصفيتها حسب ظروفها.

وهناك فرق بين رأس مال الشركة وموجوداتها، ذلك أن رأس المال دين للمساهمين على الشركة يتم إدراجه ضمن الخصوم فيها، أما موجودات الشركة فتشمل عناصر الأصول في الميزانية التي تتملكها الشركة.

هذا وحدد المشرع الحد الأدنى لرأس مال الشركة المساهمة العامة بخمسمائة ألف دينار ويتم تقسيمه إلى أسهم أسميه تكون قيمة السهم دينارا واحداً، ويشترط أن

يكون رأس المال المكتتب به لا يقل عن مائة ألف دينار أو ٢٠٪ من رأس المال المصرح به أيهما أكثر واشترط المشرع أن يسدد الجزء غير المكتتب به خلال ثلاث سنوات من تاريخ تسجيل الشركة على أنه عند التخلف عن تسديد الجزء غير المكتتب به فيراعي ما يلي:

١- إذا كان رأس المال المكتتب به يزيد عن خمسمائة ألف دينار عند انتهاء المدة فيصبح رأس مال الشركة المصرح به هو رأسمالها المكتتب به فعلاً.

٢- إذا كان رأس المال المكتتب به يقل عن خمسمائة ألف دينار عند انتهاء المدة فعلى مراقب الشركات أن ينذر الشركة بضرورة العمل على تسديد فرق المبلغ اللازم حتى يصبح رأس مال الشركة المكتتب به فعلاً خمسمائة ألف دينار وذلك خلال ثلاثين يوما من تاريخ تبليغ الإنذار إلى الشركة وإذا لم تذعن الشركة لإنذار المراقب فيقدم طلبا إلى المحكمة لتصفية الشركة.

هذا ويجوز لمجلس إدارة الشركة أن يعيد طرح أسهم الشركة غير المكتتب بها من رأس المال المصرح به حسب ما تقتضيه مصلحة الشركة وبالقيمة التي يراها مناسبة، سواء أكانت هذه القيمة مساوية لقيمة الأسهم الأسمية أو على الأقل بشرط أن تصدر الأسهم وفق الأنظمة والتشريعات المعمول بها.

على أنه إذا تم تغطية الأسهم غير المكتتب بها عن طريق ضم الاحتياطي الاختياري لرأس مال الشركة أو عن طريق رسملة ديون الشركة أو عن طريق تحويل أسناد القرض القابلة للتحويل إلى أسهم، ففي هذه الحالات لابد من موافقة الهيئة العامة غير العادية، مادة ٩٥ من قانون الشركات.

كما استحدث المشرع حكماً بموجب قانون الشركات المعدل رقم ٢٠٠٢/٤٠ أجاز بموجبه تخصيص جزء من رأس مال الشركة غير المكتتب به لعرضه على العاملين في الشركة كحافز لهم.

وكذلك أجاز المشرع زيادة رأسمال الشركة أو تخفيضه وفق الأوضاع المالية والاقتصادية التي تبرر ذلك، عندما تجد الشركة نفسها بحاجه إلى زيادة رأس مالها أو تخفيضه، وهي في الحالة الأولى تكون دخلت مشروعات جديدة وبحاجه إلى مساهمات

تغطي تكاليف هذه المشروعات، وفي الحالة الثانية تكون الشركة قللت نشاطها ولم تعد بحاجه إلى استغلال جزء من رأس المال وتعمل على إعادته إلى المساهمين.

أولاً: زيادة رأس مال الشركة المساهمة العامة

أجاز المشرع للشركة المساهمة العامة أن تزيد رأس مالها المصرح به شريطة موافقة الهيئة العامة غير العادية، وأن يكون رأس المال المصرح به قد أكتتب به بالكامل، وأن يتم تنظيم الطريقة التي سيتم بها تغطية زيادة رأس المال وجاء نص المادة ١١٢ من قانون الشركات بحكم مفاده " يجوز للشركة المساهمة العامة أن تزيد رأسمالها المصرح به بموافقة هيئتها العامة غير العادية إذا كان قد اكتتب به بالكامل على أن تتضمن الموافقة طريقة تغطية الزيادة.

وعلى ذلك فإن شروط زيادة رأسمال الشركة هي:

١- موافقة الهيئة العامة غير العادية للشركة على زيادة رأس مال الشركة.

٢- أن يكون رأس المال المصرح به قد أكتتب به بالكامل.

٣- أن تتضمن موافقة الهيئة العامة للشركة طريقة تغطيه الزيادة في رأس المال.

أما طرق تغطية زيادة رأس المال المصرح به فنص عليها حكم المادة ١١٣ من قانون الشركات على النحو التالي:

١- طرح أسهم زيادة رأس المال للاكتتاب من قبل المساهمين أو غيرهم.

٢- ضم الاحتياطي الاختياري أو الأرباح المدورة المتراكمة أو كليهما إلى رأس مال الشركة.

٣- رسملة الديون المترتبة على الشركة أو أي جزء منها شريطة موافقة أصحاب هذه الديون خطياً.

٤- تحويل أسناد القرض القابلة للتحويل إلى أسهم.

وبخصوص طرح الأسهم الممثلة للزيادة في رأس المال للاكتتاب العام فيعني أن الشركة تلجأ إلى زيادة رأس المال بعرض الأسهم الممثلة للزيادة للاكتتاب بها من قبل المساهمين أو الجمهور، ويطبق على هذا الاكتتاب الأحكام الخاصة بالاكتتاب التأسيسي كما ورد النص عليه في أحكام القانون. ولم يعط المشرع أفضلية

للمساهمين على غيرهم، غير أنه أعطى الهيئة العامة حق طرح هذه الأسهم للاكتتاب من قبل المساهمين أو الجمهور، بما يعني أن الهيئة العامة لها طرح الأسهم للاكتتاب من المساهمين فقط، ولها حق طرح الأسهم للاكتتاب من المساهمين ومن الجمهور وفي الحالة الثانية بتساوي المساهمون والجمهور في حق الاكتتاب.

أما الطريقة الثانية لزيادة رأس المال فهي ضم جزء من الاحتياطي الاختياري أو كله إلى رأس مال الشركة، وذلك عندما يكون لديها فائض في الاحتياطي الاختياري، وهي إذ تفضل هذا الأسلوب على أسلوب زيادة عدد المساهمين بطرح الأسهم للاكتتاب العام. وتسمى طريقة ضم الاحتياطي الاختياري إلى رأس المال بالتمويل الذاتي، حيث يضم الاحتياطي الاختياري إلى رأس المال على شكل أسهم وتضاف هذه الأسهم إلى المساهمين كل حسب أسهمه.

وتتمثل الطريقة التالية لزيادة رأس المال في رسملة الديون المترتبة على الشركة أو جزء منها. بما يعني أن الدائنين الذين يطالبون الشركة بمبالغ مالية يمكن أن يصبحوا مساهمين في الشركة بحيث تتحول هذه الديون إلى أسهم شريطة موافقة الدائنين.

وهناك طريقة أخرى لزيادة رأس مال الشركة المساهمة هي تحويل سندات القرض التي تصدرها الشركة إلى أسهم. وسندات القرض تعني أن الشركة مدينه لأشخاص كانت قد لجأت للاقتراض منهم بأسلوب قانوني لحاجتها إلى السيولة النقدية، وهؤلاء الأشخاص كدائنين كانوا قد قبلوا شراء سندات القرض التي تصدرها الشركة بفائدة متفق عليها ولمده محددة وتنقسم إلى فئتين من السندات وهما:

الفئة الأولى: يمكن تحويلها إلى أسهم وهذه الفئة لابد أن توافق على إصدارها الهيئة العامة غير العادية للشركة.

الفئة الثانية: سندات قرض تستحق قيمتها بعد مدة متفق عليها مع الفائدة ولا يجوز تحويلها إلى أسهم.

وعلى ذلك فإن أساليب زيادة رأس مال الشركة حددها المشرع وألزم الهيئة العامة غير العادية عندما تقرر زيادة رأس المال أن تبين الجهة التي ستغطي عدم إقبال المساهمين أو الجمهور على الاكتتاب بالأسهم أي يتعين أن يكون هنالك متعهد تغطية يلتزم أن يكتتب بالأسهم التي يكتتب بها المساهمون أو الجمهور.

ثانياً: تخفيض رأس مال الشركة المساهمة العامة

إن تخفيض رأس مال الشركة ينطوي على خطورة متعلقة بدائني الشركة وتمثل هذه الخطورة في إضعاف الضمان المتمثل برأس المال، لذلك أوجب المشرع أخذ رأي الدائنين وفق إجراءات حددها حكم نص المادة ١١٥ من قانون الشركات.

أما أسباب لجوء الشركة إلى تخفيض رأس مالها فترجع إما إلى أن رأس المال المكتتب به أصبح زائداً عن حاجتها بما يعني أنه يفيض عن حاجتها فتعمد إلى إعادة الأموال الزائدة إلى المساهمين على أساس أنهم أولى باستغلالها من أن تبقى مجمده كرأس مال، وقد تكون أسباب تخفيض رأس مال الشركة خسارة الشركة بحيث يصبح رأس مال الشركة الاسمي مختلفا عن رأس المال الفعلي. وإنه يتعين على الشركة تحقيق التطابق بين رأس المال الاسمي و رأس المال الفعلي وذلك حماية للمتعاملين مع الشركة.

ويجري تخفيض رأس مال الشركة المساهمة العامة بقرار من الهيئة العامة غير العادية بحيث أجاز المشرع تخفيض الجزء غير المكتتب به من رأس المال المصرح به وكذلك أجاز تخفيض رأس مال الشركة المكتتب به إذا زاد عن حاجتها وإذا طرأت عليها خسارة لذلك فان التخفيض المجاز قانونياً يتمثل في:

١- تخفيض الجزء غير المكتتب به من رأس المال.

٢- تخفيض على رأس المال المكتتب به إذا زاد عن حاجة الشركة.

٣- تخفيض جزء من رأس مال الشركة المكتتب به إذا طرأت على الشركة خسارة ورأت الشركة إنقاص رأس مالها بمقدار الخسارة أو جزء منها.

ويتم تخفيض رأس مال الشركة المكتتب به بتنزيل قيمة الأسهم بإلغاء جزء من ثمنها المدفوع بما يوازي مبلغ الخسارة في حالة وجود خسارة، أو بإعادة جزء منه عندما يكون في رأس مالها ما يزيد عن حاجتها، على أن تخفيض رأس مال الشركة لا يجوز أن يكون إلى أقل من الحد الأدنى المقرر بموجب القانون وهو خمسماية ألف دينار، مع مراعاة بعض الشركات التي حدد المشرع الحد الأدنى لرأس مالها كما هو في شركات البنوك والتامين والشركات المالية.

أما إجراءات تخفيض رأس مال الشركة المساهمة العامة فنصت عليها المادة ١١٥ من قانون الشركات وتتمثل فيما يلي:

١- اتخاذ قرار من الهيئة العامة غير العادية للشركة بتخفيض رأس مالها المكتتب به.

٢- تقديم طلب من مجلس إدارة الشركة إلى المراقب مرفقا بقائمة بأسماء دائني الشركة ومقدار دين كل منهم وعنوانه وبيان موجودات الشركة والتزاماتها. وأن تكون قائمة دائني الشركة وبيان موجوداتها والتزاماتها مصدقه من مدقق حسابات الشركة.

٣- يقوم مراقب الشركات بإبلاغ الدائنين الواردة أسماؤهم في القائمة المقدمة من الشركة إشعاراً يتضمن قرار الهيئة العامة بتخفيض رأس مال الشركة المكتتب به.

٤- ينشر مراقب الشركات إشعاراً بتبليغ الدائنين في صحيفتين يوميتين وللدائنين الاعتراض خطيا على تخفيض رأس مال الشركة خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ نشر الإشعار لآخر مره.

٥- يتولى مراقب الشركات تسوية الاعتراضات المقدمة من الدائنين خلال مدة ثلاثين يوما، وإذا لم يتمكن من تسوية الاعتراضات يحق للمعترضين من الدائنين اللجوء إلى المحكمة خلال ثلاثين يوما، من تاريخ انتهاء المهلة التي منحت للمراقب لتسوية الاعتراضات وترد الدعوى إذا قدمت بعد هذه المدة.

٦- يوقف مراقب الشركات أية إجراءات لتخفيض رأس مال الشركة إذا تبلغ إشعاراً خطيا من المحكمة بإقامة الدعوى لديها خلال المدة القانونية إلى أن يصدر قرار المحكمة في الدعوى ويكتسب الدرجة القطعية، فإذا ردت المحكمة الدعوى يتابع مراقب الشركات إجراءات تخفيض رأس المال ويرفع تنسيبه إلى وزير الصناعة والتجارة لإصدار القرار المناسب، حتى إذا وافق الوزير على التخفيض يتم تسجيله ونشره وفق

أحكام القانون، ويحل رأس مال الشركة المخفض محل رأس مالها المدرج في عقد تأسيسها ونظامها.

ويجدر بالذكر أن تخفيض رأس مال الشركة غير المكتتب به لا يتطلب ذات الإجراءات اللازمة عند تخفيض رأس مال الشركة المكتتب به، لأن رأس المال غير المكتتب به لا ينقص ضمان الدائنين وبالتالي لا يشترط المشرع موافقة مراقب الشركات، وكذلك لا يشترط موافقة الدائنين على تخفيض الجزء غير المكتتب به من رأس المال المصرح به.

البند الثالث: أسهم الشركة

يمتاز السهم في الشركة المساهمة العامة أنه لا يقبل التجزئة إلا في حالة الإرث حيث يجوز للورثة الاشتراك في ملكية السهم الواحد.

وأسهم الشركة نوعان نقدية وعينية وسنوضح كلاً منهما وفق الآتي:

أولاً: الأسهم النقدية

وهي الأسهم التي تسجل لصالح أحد المساهمين عندما يكتتب بها ويتم دفع قيمتها نقداً.

ثانياً: الأسهم العينية

وتعطى هذه الأسهم مقابل مقدمات عينية مقومة بالنقد وتشمل حقوق الامتياز وحقوق الاختراع والمعرفة الفنية وأية حقوق يوافق المؤسسون على جعلها مقدمات عينية.

ويتم تقدير قيمة المقدمات العينية من ذوي الخبرة والاختصاص على أن يراعى في ذلك ما نص عليه حكم المادة ٩٧ من قانون الشركات.

أما شروط تقييم الأسهم العينية فورد النص عليها بالمواد ١٠٩، ١١٠، ١١١ حيث أجازت أحكامها لمؤسسي الشركة أن يقدموا مقدمات عينية تقوم بالنقد مقابل أسهمهم، كما أجازت تقديم مثل هذه الأسهم في مرحلة لاحقة للتأسيس شريطة موافقة الهيئة العامة غير العادية على قيمة هذه المقدمات ويحق لأي مساهم حضر

اجتماع الهيئة العامة غير العادية وسجل اعتراضاً على قيمة المقدمات العينية أن يطعن ـ لدى المحكمة ـ بقيمة المقدمات خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الاجتماع.

وتصدر الأسهم العينية لمالكيها بعد إتمام الإجراءات القانونية الخاصة بتسليم المقدمات العينية إلى الشركة أو نقل ملكيتها إليها، ويتمتع مالكو الأسهم العينية في الشركة المساهمة العامة بالحقوق التي يتمتع بها مالكو الأسهم النقدية، وإذا كانت الأسهم العينية تأسيسية فتطبق عليها القيود المطبقة على الأسهم النقدية التأسيسية.

كما تحتفظ الشركة بسجل تدون فيه أسماء المساهمين، وعدد الأسهم التي يمتلكها كل منهم، وعمليات التحويل التي تجري عليها، وأية بيانات تتعلق بهذه الأسهم وبالمساهمين، واستحدث المشرع حكماً بالقانون المعدل لقانون الشركات رقم ٢٠٠٢/٤٠ مفاده أنه: يجوز للشركة أن تودع نسخة من سجلات أسماء المساهمين وعدد أسهم كل منهم لدى أية جهة أخرى بهدف متابعة شؤون المساهمين. وللشركة حق تفويض تلك الجهة بحفظ وتنظيم هذه السجلات.

وأجاز نص الحكم لأي مساهم في الشركة أن يطلع على سجل المساهمين فيما يخص مساهمته لأي سبب كان، ولكل مساهم الاطلاع على كامل السجل لأي سبب معقول، كما أجاز المشرع لأي شخص ذو مصلحة الاطلاع على سجل المساهمين أو نسخ هذا السجل أو جزء منه.

وكذلك فإن للشركة المساهمة العامة حق شراء الأسهم الصادرة عنها وبيعها وفق أحكام قانون الأوراق المالية والتعليمات الصادرة بموجبه.

البند الرابع: الاكتتاب في أسهم الشركة

سبق أن أوضحنا أن تأسيس الشركة المساهمة العامة يمر بمراحل تبدأ بفكرة لدى أحد الأشخاص، وبعد قبولها من آخرين تبدأ مرحلة تأسيس الشركة بمبادرة من المؤسسين الذين قد يكونون أشخاصا متعددين أو شخصا واحداً، بحيث يتقدم هؤلاء بطلب إلى مراقب الشركات في وزارة الصناعة والتجارة مرفقاً بعقد يوقعون عليه ومرفق به النظام الأساسي للشركة المنوي تأسيسها، فإذا تمت الموافقة على تسجيل الشركة تبدأ مرحلة جديدة مفادها الإعلان عن فكرة الشركة، ورأس مالها،

وأهدافها، وأسماء المؤسسين، ودعوة الجمهور إلى مراجعة البنوك لشراء الأسهم المعلن عنها للاكتتاب، بحيث يستطيع راغب الاشتراك في الشركة التقدم إلى أحد البنوك المعلن عنها لدفع المبلغ الذي يرغب به لشراء الأسهم على أساس أن السهم يساوي دينارا واحدا.

فإذا بيعت الأسهم المطروحة بكاملها أو بيع منها ما يغطي الحد الأدنى من رأس المال يعد الاكتتاب ناجحاً. وإذا لم يتم الاكتتاب بالأسهم بكاملها ووجد مغطٍ ليشتري ما لم يتم الاكتتاب به من هذه الأسهم تحال هذه الأسهم عليه وينجح الاكتتاب.

أما عند عدم وجود مغطٍ فتعرض الأسهم غير المكتتب بها على المؤسسين حتى إذا اكتتبوا بها يعد الاكتتاب ناجحا ويعلن ذلك. أي إذا لم يكتتب الجمهور بالأسهم المعلن عنها كاملة وكان مجموع الأسهم المكتتب بها من قبل الجمهور وتلك التي اكتتب بها المؤسسون لا يغطي الحد الأدنى القانوني لرأس مال الشركة فإن الاكتتاب يكون قد فشل وهنا يؤدي إلى إلغاء تسجيل الشركة وتعاد المبالغ التي دفعها المكتتبون إليهم ولا يتحملون شيئاً من نفقات التأسيس.

أما إذا زاد الاكتتاب في أسهم الشركة على عدد الأسهم المطروحة في الاكتتاب فيترتب على الشركة تخصيص الأسهم المطروحة للمكتتبين، وإعادة المبالغ الزائدة على قيمة الأسهم المطروحة للاكتتاب.

هذا ويقوم المؤسسون وعند التوقيع على عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة بتغطية كامل قيمة الأسهم التي اكتتبوا بها، وقد حدد المشرع حداً أعلى لاكتتاب المؤسسين في الشركات المالية والبنوك لا يزيد عن ٥٠٪ من رأس المال المصرح به، وكذلك ألا يقل عدد المؤسسين عن خمسين شخصاً، أما الشركات الأخرى فحدد النص نسبة ٧٥٪[١] كحد أعلى لمساهمة المؤسس أو المؤسسين فيها[٢]، وتطرح باقي الأسهم للاكتتاب العام، وليس للمؤسسين الاكتتاب بالأسهم المطروحة في مرحلة

---

(١) انظر نص المادة (٩٩) من قانون الشركات.

(٢) حظر المشرع بالمادة (١٠٠) من قانون الشركات التصرف بالسهم التأسيسي قبل مرور سنتين على الأقل من تأسيس الشركة، واستثنى من هذا الحظر انتقال السهم التأسيسي إلى الورثة، وفيما بين الزوجين والأصول والفروع ومن مؤسس إلى آخر، وبقرار قضائي أو بالبيع بالمزاد العلني.

التأسيس، ويجوز لهم تغطية ما تبقى من الأسهم بعد انقضاء ثلاثة أيام على إغلاق الاكتتاب[1].

ويعني الاكتتاب انضمام شخص إلى عقد الشركة بتقديم قيمة الحصة التي يرغب في الحصول عليها، ويعطى مقابلاً لها أسهماً قابلة للتداول[2] ليكتسب بمقتضاها صفة الشريك.

أما عملية الاكتتاب فتتلخص بإعلان في الصحف اليومية ينشر فيه المؤسسون بياناً يتضمن طرح أسهم الشركة على الجمهور، وهو ما يمثل دعوة تتضمن البيانات الواردة في عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي اسم الشركة وغاياتها وأسماء المؤسسين ورأس المال والأسهم المكتتبة بها من المؤسسين والأسهم المطروحة للاكتتاب، وتحدد في نشرة الإصدار طريقة الاكتتاب وشروطه[3]، ومنها أنه لا يجوز لأكثر من شخص الاشتراك في طلب واحد للاكتتاب في الأسهم المطروحة، وحظر الاكتتاب الوهمي أو بأسماء وهمية وبانتهاء المدة المحددة للاكتتاب يتم إغلاق الاكتتاب، وتزود الشركة مراقب الشركات بكشف يتضمن أسماء المكتتبين ومقدار الأسهم التي اكتتب فيها كل منهم، وأنه إذا نجح الاكتتاب يدعى مؤسسو الشركة إلى اجتماع للهيئة العامة ويكون هذا الاجتماع هو الأول، بحيث يرأسه أحد أعضاء لجنة مؤسسي الشركة وتقوم الهيئة العامة بما يلي:

١- الاطلاع على تقرير لجنة المؤسسين الذي يتضمن معلومات وبيانات وافية عن جميع أعمال التأسيس وإجراءاته مع الوثائق المؤيدة لها للتثبت من صحتها.

٢- الاطلاع على نفقات التأسيس المدققة والمصادق عليها من مدقق حسابات الشركة ومناقشتها لاتخاذ القرارات المناسبة بشأنها.

---

(١) انظر نص المادة (٩٩/ب) من قانون الشركات المتضمن انه: "يجوز للشركاء في الشركات المحولة من ذات المسؤولية المحدودة أو التوصية بالأسهم أو المساهمة الخاصة إلى شركة مساهمة عامة تغطية فرق كامل راس مال الشركة المصرح به أو طرح الأسهم المتبقية للاكتتاب العام او الخاص وفق الإجراءات المنصوص عليها في قانون الأوراق المالية".

(٢) انظر د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص١٩٣.

(٣) اجازت المادة (١٠١) من قانون الشركات للمؤسسين ان يعهدوا بتغطية اسهم الشركة إلى متعهد تغطية أو اكثر، وأعطت هذا الحق لمجلس إدارة الشركة بعد ممارسة الشركة نشاطها.

٣- انتخاب مجلس الإدارة الأول.

٤- انتخاب مدقق حسابات الشركة وتحديد أتعابه أو تفويض مجلس الإدارة بذلك.

وبانتخاب مجلس إدارة الشركة الأول تنتهي صلاحية لجنة مؤسسي الشركة وأعمالها، وبانتهاء اجتماع الهيئة العامة الأول تبدأ الشركة بمزاولة أعمالها بإدارة تمثلها، قوامها مجلس إدارة ومدير عام وذلك وفق النظام الأساسي لها. ويزود مراقب الشركات بنسخة من محضر اجتماع الهيئة العامة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الاجتماع حتى إذا تبين له أن إجراءات التأسيس كانت سليمة يعلم الشركة خطياً بحقها في الشروع بأعمالها.

المبحث الثاني
إدارة الشركة المساهمة العامة

بعد أن تنتهي عملية الاكتتاب بالأسهم المطروحة للجمهور ترسل الشركة قائمة بأسماء المكتتبين ومقدار الأسهم التي اكتتب بها كل منهم، وإذا تبين أن عدد الأسهم المكتتب بها تزيد على عدد الأسهم المطروحة للاكتتاب فعلى الشركة تخصيص الأسهم المطروحة للمكتتبين[1]، وإعادة المبالغ الزائدة عند تخصيص الأسهم، بمعنى أنه إذا كان الاكتتاب بالأسهم قد بلغ ضعف الأسهم المطروحة للاكتتاب فإنه يتعين أن تخفض الأسهم التي اكتتب بها الجمهور لتصل إلى حد الأسهم التي أعلن عنها، وتلجأ الشركة في مثل هذه الحالة إلى تخصيص الأسهم لكل مكتتب بنسبة الأسهم المطروحة فعلاً بحيث تخفض لكل مكتتب نسبة من الأسهم المكتتب بها وتعاد المبالغ التي زادت خلال مدة لا تزيد عن ثلاثين يوما من تاريخ إغلاق الاكتتاب أو قرار تخصيص الأسهم.

وهكذا تصبح الشركة مستعدة لمباشرة أعمالها، غير أن هذه المباشرة لا بد من إدارة تمارسها، لذلك يتم دعوة الهيئة العامة للشركة المكونة من كل المساهمين من مؤسسين ومكتتبين إلى الاجتماع الأول الذي يرأسه أحد أعضاء لجنة مؤسسي الشركة، ويتم في هذا الاجتماع:

١- الاطلاع على تقرير لجنة المؤسسين، بحيث يتم تدقيقه للتأكد من موافقة ما تضمنه من معلومات وبيانات عن أعمال التأسيس وإجراءاتها مع الوثائق المؤيدة لها والتثبت من صحتها ومدى موافقتها للقانون ونظام الشركة الأساسي.

---

(١) يعني تخصيص الأسهم تحديد الأسهم التي حصل عليها كل مساهم إذا كانت المبالغ المدفوعة من المكتتبين تزيد على الأسهم المطروحة، ويجوز ان يتضمن عقد تأسيس الشركة الحد الأدنى للأسهم التي ستخصص لكل مكتتب في حالة زيادة عدد الأسهم المكتتب بها على عدد الأسهم المطروحة للاكتتاب.

٢- الاطلاع على نفقات التأسيس ومناقشتها واتخاذ القرار المناسب بشأنها، ويشترط أن تكون نفقات التأسيس مدققة من مدقق حسابات الشركة ومصادقاً عليها.
٣- انتخاب مجلس الإدارة الأول.
٤- انتخاب مدقق حسابات.

وهكذا تكون صلاحيات لجنة المؤسسين قد انتهت فور انتخاب مجلس الإدارة الأول الذي يتسلم من اللجنة جميع المستندات والوثائق الخاصة بالشركة. وتطبق على اجتماع الهيئة العامة الأول الإجراءات ومتطلبات الدعوة والنصاب القانوني واتخاذ القرارات المطبقة على اجتماعات الهيئة العامة العادية للشركة.

وبذلك يتولى إدارة الشركة مجلس لا يقل عدد أعضائه عن ثلاثة ولا يزيد على ثلاثة عشر، ويحدد هذا العدد نظام الشركة، ويتم انتخاب هؤلاء الأعضاء من قبل الهيئة العامة للشركة عن طريق الاقتراع السري ليقوموا بمهام ومسؤوليات إدارة أعمال الشركة لمدة أربع سنوات تبدأ من تاريخ الانتخاب[١].

وهذا المجلس يدعو الهيئة العامة للاجتماع خلال الأشهر الثلاثة الأخيرة من مدته لتنتخب مجلس إدارة جديداً يحل محله، على أنه إذا تأخر انتخاب مجلس الإدارة الجديد يستمر المجلس القديم في عمله ويشترط ألا تزيد مدة تأخر انتخاب مجلس الإدارة الجديد على ثلاثة أشهر من تاريخ انتهاء مدة المجلس القائم[٢].

ويدير الشركة المساهمة العامة ثلاث هيئات هي: مجلس الإدارة والهيئة العامة ومدقق الحسابات[٣].

ونتحدث عن هذه الهيئات الثلاث فيما يلي:

---

(١) انظر نص المادة (١٣٢/أ) من قانون الشركات.

(٢) انظر نص المادة (١٣٢/ب) من قانون الشركات.

(٣) انظر د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق. ص٣١، ويقول: "ومن ثم فإن هناك ثلاث هيئات تتولى تسيير دفة شركة المساهمة هي: مجلس الإدارة، والجمعية العامة للمساهمين، ومراقبو الحسابات، ويلاحظ التشابه بين الشركة والدولة الديمقراطية. فمجلس الإدارة يتولى التنفيذ كالوزارة، والجمعية العامة تمثل المساهمين كالبرلمان الذي ينطق باسم الشعب، ومراقبو الحسابات يقومون بالمراقبة كالجهاز المركزي للمحاسبات، ونظام الشركة هو الدستور الذي يحكم هؤلاء جميعاً".

البند الأول: مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة.

البند الثاني: الهيئة العامة للشركة المساهمة العامة.

البند الثالث: مدققو حسابات الشركة المساهمة العامة.

البند الأول: مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة

يمثل مجلس إدارة الشركة الشركة كوكيل عنها، ويتألف من عدد من المساهمين يتم انتخابهم من قبل الهيئة العامة للمساهمين، ويدير هذا المجلس دفة أمور الشركة بهدف تحقيق غرض الشركة الذي أنشئت من أجله، ويترأس هذا المجلس أحد أعضائه ليتولى قيادة الشركة[1].

ويحدد نظام الشركة الأساسي عدد أعضاء هذا المجلس على أن لا يقل عن ثلاثة ولا يزيد على ثلاثة عشر وفق نص المادة (١٣٢) من قانون الشركات ويتم انتخاب أول مجلس إدارة من قبل الهيئة العامة للشركة لمدة أربع سنوات.

أولاً: شروط العضوية لمجلس الإدارة

حدد المشرع شروطاً يجب توافرها فيمن يرشح نفسه ليكون عضواً في مجلس إدارة الشركة، وهذه الشروط هي:

١- يشترط فيمن يرشح نفسه لعضوية مجلس إدارة شركة مساهمة عامة أن لا يقل عمره عن واحد وعشرين سنة وألا يكون موظفا في الحكومة أو مؤسسة رسمية عامة.

٢- يشترط فيمن يرشح نفسه لعضوية مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة أن يملك عددا من الأسهم حسب ما يحدده نظام الشركة، وأن يبقى محتفظاً بهذه الأسهم طيلة مدة العضوية.

٣- يشترط ألا تكون الأسهم التي تؤهل المساهم لعضوية مجلس الإدارة محجوزة أو مرهونة أو مقيدة بأي قيد يمنع التصرف المطلق بها.

---

(١) انظر د. ابو زيد رضوان. المرجع السابق. ص١٧٢، وراجع د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق. ص٢٣٢، د. سميحة القليوبي. المرجع السابق. ص٢٣٩، د. محمد كامل أمين ملش. الشركات التجارية، د. علي حسن يونس. المرجع السابق. ص٣٧١، د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص٢١٠.

٤- يشترط أن يبقى النصاب من أسهم المؤهل لعضوية مجلس الإدارة ما دام مالك الأسهم عضواً في المجلس ولمدة ستة أشهر بعد انتهاء عضويته فيها.

٥- لا يجوز تداول الأسهم التي يملكها العضو والتي تؤهله للعضوية، ويجب وضع إشارة الحجز عليها ويكون محجوزاً عليها لمصلحة الشركة.

٦- تسقط عضوية عضو مجلس الإدارة إذا نقص عدد الأسهم التي كان يملكها سواء أكان بتثبيت الحجز عليها أو بحكم قضائي اكتسب الدرجة القطعية أو تم رهنها، على أنه يعطى العضو مهلة ثلاثين يوماً لإكمال الأسهم التي نقصت من أسهم التأهيل الخاصة به، وليس له حق حضور اجتماع مجلس الإدارة ما دامت أسهمه ناقصة.

هذا ويحظر على أي شخص حكم عليه من محكمة مختصة بأية عقوبة جزائية أو جنحية مخلة بالشرف كالرشوة والاختلاس والسرقة والتزوير وسوء استعمال الأمانة والشهادة الكاذبة أن يرشح نفسه لعضوية مجلس الإدارة.

كما ويحظر على المساهم أن يرشح نفسه لعضوية مجلس الإدارة إذا كان فاقداً للأهلية المدنية أو مفلساً.

وكذلك يحظر على من حكم عليه بأي من الجرائم التالية أن يكون عضواً في مجلس الإدارة:

١- إذا أصدر أسهما أو شهادات قبل تصديق النظام الأساسي للشركة.

٢- إذا أجرى اكتتابات صورية للأسهم أو اكتتابات وهمية.

٣- إذا أصدر سندات قرض وعرضها للتداول قبل أوانها.

٤- إذا نظّم موازنة أي شركة أو حسابات أرباحها وخسائرها بصورة غير مطابقة للواقع.

٥- إذا وزع أرباحاً صورية أو غير مطابقة لحالة الشركة الحقيقية.

٦- إذا ضمّن تقرير مجلس إدارتها أو تقرير حساباتها بيانات غير صحيحة.

٧- إذا أدلى للهيئة العامة بمعلومات غير صحيحة أو كتم معلومات أو إيضاحات يوجب القانون ذكرها، بقصد إخفاء حالة الشركة الحقيقية عن المساهمين أو ذوي العلاقة.

لذلك فإن انتخاب مجلس إدارة الشركة المساهمة يتم بالصورة السابقة ما لم تكن الحكومة أو إحدى المؤسسات الرسمية مساهمة فيها، إذ لها حق التمثيل في مجلس الإدارة بما يتناسب مع نسبة مساهمتها في رأس مال الشركة إذا كانت هذه النسبة تؤهلها لعضوية واحد أو أكثر، على أنه إذا تم تمثيل الحكومة أو المؤسسة الرسمية بعضو أو أكثر في مجلس الإدارة، فإنها تفقد حقها في المشاركة في انتخاب أعضاء المجلس الآخرين[1].

أما إذا قلت مساهمتها عن النسبة التي تؤهلها لعضوية المجلس فتمارس حقها في الترشيح لهذه العضوية ويحق لها المشاركة في انتخاب أعضاء مجلس الإدارة شأنها شأن أي مساهم آخر.

هذا وحرص المشرع على منع ممثل الحكومة أو المؤسسة الرسمية أن يكون عضواً في مجلس إدارة لأكثر من شركتين بما فيها الشركات العربية أو الأجنبية إذا كانت الحكومة والمؤسسات الرسمية تساهم فيها، ويتعين تصويب وضع ممثل الحكومة إذا تبين أنه معين في أكثر من شركتين، بحيث يتم تعيين بديل عنه، وتكون مدة عضوية ممثل الحكومة أو المؤسسة الرسمية في مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة المدة المقررة للمجلس، وللجهة التي عينته استبدال غيره به في أي وقت لإكمال مدة سلفه في المجلس، وتنتدب الجهة التي عينته ممثلاً لها في مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة شخصا يمثلها في حالة مرض العضو المعين أو غيابه عن المملكة، أما إذا استقال العضو الذي يمثل الحكومة أو المؤسسة الرسمية فللجهة التي عينته أن تعين ممثلاً لها يحل محله.

(١) انظر نص المادة (١٢٥) من قانون الشركات المعدل بالقانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٢، وورد كما يلي: "إذا ساهمت الحكومة أو اي من المؤسسات الرسمية العامة أو اي شخصية اعتبارية أخرى في شركة مساهمة عامة يحق لها أن تمثل في مجلس إدارتها بما يتناسب مع نسبة مساهمتها في راس مال الشركة إذا كانت هذه النسبة تؤهلها لعضوية واحد أو أكثر في المجلس، وتحرم في هذه الحالة من المشاركة في انتخاب اعضاء المجلس الآخرين، وإذا قلت مساهمتها عن النسبة التي تؤهلها لعضوية المجلس فتمارس حقها في الترشيح لهذه العضوية ويحق لها المشاركة في انتخاب أعضاء المجلس شأنها شأن اي مساهم آخر.

وإذا ساهم الشخص الاعتباري في الشركة المساهمة العامة فله حق الترشيح لعدد من المقاعد في مجلس الإدارة حسب نسبة مساهمته في رأس مال الشركة، على أنه يتعين ـ في حال انتخابه ـ أن يسمى شخصاً طبيعياً يمثله في مجلس الإدارة خلال عشرة أيام، ويجب أن تتوافر في هذا الشخص الطبيعي شروط العضوية لمجلس الإدارة باستثناء حيازته للأسهم المؤهلة لعضوية المجلس، ويفقد الشخص الاعتباري حقه في العضوية إذا لم يتم تنسيب ممثله خلال شهر من تاريخ انتخابه.

وبعد أن يتم انتخاب مجلس إدارة للشركة المساهمة العامة ينتخب هذا المجلس من بين أعضائه رئيساً له ونائباً للرئيس بالاقتراع السري ويتم انتخاب شخص أو أكثر من بين أعضائه يكون له/ لهم الحق في التوقيع عن الشركة في حدود الصلاحيات التي تعطى لهم، ولمجلس الإدارة تفويض أي موظف في الشركة بالتوقيع عنها في حدود الصلاحيات التي يفوضها إليه[1].

ويتعين أن يقدم رئيس مجلس الإدارة ونائبه وأعضاء المجلس و المدير العام والمديرين الرئيسين فيها إلى مجلس الإدارة في أول اجتماع يعقده إقراراً خطياً بما يملكه ـ هو وكل من زوجته وأولاده القاصرين ـ من أسهم في الشركة وأسماء الشركات الأخرى التي يملك ـ هو وزوجته وأولاده القاصرين ـ حصصاً أو أسهماً فيها إذا كانت شركة مساهمة عامة ويزود مجلس الإدارة مراقب الشركات بنسخ من هذه البيانات والقرارات والتغييرات التي تطرأ عليها[2].

وحظر المشرع على الشركة المساهمة العامة أن تقدم قرضاً إلى رئيس مجلس الإدارة أو نائبه أو أي عضو فيه أو أي من أصول هؤلاء أو فروعهم، واستثنى من ذلك البنوك والشركات المالية وأجاز لها أن تقرض أيا من المذكورين بما يتناسب مع غاياتها وبالشروط التي تتعامل بها مع عملائها الآخرين[3].

---

(١) انظر نص المادة (١٣٧) من قانون الشركات.
(٢) انظر نص المادة (١٣٨) من قانون الشركات.
(٣) انظر نص المادة (١٣٩) من قانون الشركات.

ثانياً: واجبات مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة

عندما يتسلم مجلس الإدارة مهام عمله بعد انتخابه يتولى تنفيذ أعمال الشركة بما يحقق الأهداف التي من أجلها تم تأسيسها، ويقوم بإعداد ميزانية لكل سنة مالية خلال مدة ثلاثة أشهر من انتهاء السنة المالية، وتتضمن الأرباح والخسائر مع إيضاح التدفقات النقدية ومقارنتها بالنسبة التي سبقت إعداد الميزانية، وكذلك فإن مجلس الإدارة يقوم بإعداد التقرير السنوي الذي يتضمن أعمال الشركة والتوقعات المستقبلية للسنة القادمة، ويزود مراقب الشركات بنسخ من الحسابات والبيانات قبل موعد اجتماع الهيئة العامة للشركة بمدة لا تقل عن واحد وعشرين يوماً[1].

هذا ويترتب على مجلس الإدارة نشر الميزانية العامة وحساب أرباحها وخسائرها وتقديم خلاصة عن التقرير السنوي وتقرير مدقق الحسابات خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انعقاد الهيئة العامة، بالإضافة إلى أن من واجبات مجلس الإدارة إعداد تقرير كل ستة أشهر يتضمن المركز المالي للشركة ونتائج أعمالها وحساب الأرباح والخسائر وقائمة بالتدفقات النقدية وإيضاحاً بالبيانات المالية مصدقاً من مدقق حسابات الشركة، ويضع مجلس الإدارة كشفاً يطلع عليه المساهمون قبل موعد انعقاد الهيئة العامة بثلاثة أيام على الأقل ويتضمن هذا الكشف تفصيلاً:

١- لجميع المبالغ التي حصل عليها كل من رئيس وأعضاء مجلس الإدارة خلال السنة المالية من: أجور وأتعاب ورواتب وعلاوات ومكافآت.

٢- للمزايا التي يتمتع بها كل من رئيس وأعضاء مجلس الإدارة كالمسكن والسيارات.

٣- للمبالغ التي دفعت لكل من رئيس وأعضاء مجلس الإدارة كنفقات سفر.

٤- للتبرعات التي دفعتها الشركة خلال السنة المالية.

٥- بأسماء مجلس الإدارة وعدد الأسهم التي يمتلكها كل منهم ومدة عضويته.

---

(١) انظر نص المادة (١٤٠) من قانون الشركات.

ثالثاً: صلاحيات ومسؤوليات رئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة

يتولى رئيس مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة مهام عمله كممثل للشركة لدى الآخرين وأمام جميع الجهات بما في ذلك الجهات القضائية، وله الحق بأن يفوض صلاحياته لغيره وعليه تنفيذ قرارات مجلس الإدارة بالتعاون مع الجهاز التنفيذي للشركة.

ويجوز أن يتولى رئيس مجلس الإدارة إدارة شؤون الشركة متفرغاً عندما يقرر ثلثي أعضاء المجلس ذلك، ويحدد في هذه الحالة الصلاحيات والمسؤوليات التي يمارسها كما تحدد الأتعاب والعلاوات التي يستحقها، وبمثل هذه الحالة يمتنع على رئيس مجلس الإدارة أن يكون رئيساً متفرغاً لمجلس إدارة شركة مساهمة أخرى أو مديراً عاماً لأي شركة مساهمة عامة أخرى، بما يعني أن لرئيس مجلس إدارة الشركة بموافقة ثلثي أعضاء مجلس الإدارة أن يتولى إدارة شؤون الشركة كمدير عام لها بالإضافة إلى عمله كرئيس لمجلس إدارة الشركة المساهمة العامة.

رابعاً: مسؤولية مجلس إدارة الشركة المساهمة العامة

يتولى مجلس إدارة الشركة صلاحياته كاملة في إدارة الشركة في الأمور التي تضمنها نظامها بحيث تعد تصرفات وأعمال هذا المجلس ملزمة لها في مواجهة الآخرين إذا كانوا تعاملوا بحسن نية.

لذلك يمارس مجلس الإدارة أعماله كما وردت في عقد التأسيس والنظام الأساسي ويكون لهذا المجلس أمين للسر يتولى تنظيم اجتماعاته وإعداد جدول أعماله في كل جلسة ويدون ما يقرر في اجتماعاته.

وإنه عندما تستدعي الظروف عقد اجتماع لمجلس الإدارة توجه دعوة خطية من رئيسه أو نائبه عند غيابه وتتضمن الدعوة الأسباب الداعية لعقد الاجتماع، ويدعو رئيس المجلس أعضاء المجلس للانعقاد عندما يكون هناك أسباب تبرر دعوته، ويُعقد اجتماع كذلك إذا قدم ربع أعضاء المجلس طلباً خطياً إلى رئيسه بعقد اجتماع وإذا مرت سبعة أيام على تقديم الطلب ولم يدع المجلس للانعقاد، فللأعضاء الذين تقدموا بالطلب أن يوجهوا الدعوة للاجتماع.

وإذا وجهت الدعوة للمجلس للانعقاد فإن جلساته تكون قانونية بحضور الأكثرية المطلقة لأعضائه، وتناقش الموضوعات المدرجة على جدول أعماله ويتم التصويت عليها لاتخاذ القرارات اللازمة بشأنها بحيث يصوت العضو بنفسه ولا يجوز التوكيل فيه، ولا يجوز أن يتم التصويت بالمراسلة أو بأي وسيلة غير مباشرة، وتصدر قرارات المجلس بالأكثرية المطلقة للأعضاء الذين حضروا الاجتماع ويرجح الجانب الذي صوت معه رئيس الاجتماع إذا تساوت الأصوات.

هذا وتضمن حكم القانون أن يعقد مجلس الإدارة ستة اجتماعات على الأقل في السنة المالية على ألا ينقضي أكثر من شهرين دون عقد اجتماع، ويتضمن تبليغ مراقب الشركات بإرسال نسخة من الدعوة للاجتماع إليه.

لذلك ويسأل رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة تجاه الشركة والمساهمين والآخرين عن كل مخالفة يرتكبها أي منهم أو جميعهم، إذا كانت هذه المخالفة للقوانين والأنظمة المعمول بها أو لنظام الشركة، ولا تحول موافقة الهيئة العامة على براءة ذمة مجلس الإدارة دون الملاحقة القانونية لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة[1].

وتكون المسؤولية شخصية تترتب على عضو أو أكثر من أعضائه، وتكون مشتركة على عاتق كل أعضاء المجلس بحيث يسألون في هذه الحالة بالتكافل والتضامن عن التعويض عن الضرر الذي نتج عن المخالفة أو الخطأ، ولا تقوم هذه المسؤولية على عاتق العضو الذي عارض خطياً في محضر الاجتماع الذي تضمن المخالفة أو الخطأ، ويسقط حق الادعاء بهذه المسؤولية بمرور خمس سنوات على تاريخ اجتماع الهيئة العامة الذي صادقت فيه على الميزانية السنوية[2].

ويلزم رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة ومديرها العام وأي موظف يعمل فيها بأن يحافظ على سرية المعلومات التي حصل عليها بحكم منصبه في الشركة، ويلتزم بالتعويض كل من أفشى إلى أي مساهم في الشركة أو غيره معلومات أو بيانات تتعلق

(١) انظر نص المادة (١٥٨) من قانون الشركات.

(٢) انظر نص المادة (١٥٩) من قانون الشركات، والمادة (١٦٠) من ذات القانون وتضمنت بأنه: "لا يمكن الاحتجاج بالإبراء الصادر عن الهيئة العامة إلا إذا سبقه بيان حسابات الشركة السنوية وإعلان تقرير مدققي الحسابات، ولا يشمل هذا الإبراء إلا الأمور التي تمكنت الهيئة العامة من معرفتها".

بالشركة إذا كانت ذات طبيعة سرية، ويكون التعويض بما يجبر الضرر الذي لحق بالشركة نتيجة إفشاء السر ولا تحول موافقة الهيئة العامة على إبراء رئيس وأعضاء مجلس الإدارة دون قيام المسؤولية.

هذا ويسأل رئيس وأعضاء مجلس الإدارة عن تقصيرهم وإهمالهم في إدارة الشركة أثناء مواجهة المساهمين على أنه إذا أدى هذا الإهمال أو التقصير إلى عجز في موجوداتها تحمل المحكمة كل مسؤول عن هذا العجز ديون الشركة كلها أو بعضها وتحدد المحكمة المبالغ الواجب أداؤها وما إذا كان المسببون للخسارة متضامنين أو لا.

أما ملاحقة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة فتتم من قبل مراقب الشركات وكذلك من قبل الشركة أو أي مساهم فيها، بحيث يقيم هؤلاء الدعوى لدى المحكمة المختصة، ولا يجوز الاحتجاج بالإبراء الصادر عن الهيئة العامة إلا إذا سبقه بيان حسابات الشركة السنوية وإعلان تقرير مدققي الحسابات بالإبراء ولا يشمل الإبراء الأمور التي لم تتمكن الهيئة العامة من معرفتها.

خامساً: استقالة رئيس مجلس إدارة الشركة أو أحد أعضائه أو إقالتهم أو فقدهم للعضوية

لرئيس وأعضاء مجلس الإدارة أن يقدم أي منهم استقالته على نحو يكون فيه تقديم الاستقالة للمجلس خطية لتكون نافذة المفعول من تاريخ تقديمها، ولا يجوز الرجوع عنها، ويفقد رئيس مجلس الإدارة أو أي عضو عضويته إذا تغيب عن حضور أربع جلسات متتالية للمجلس دون عذر يقبله المجلس، كما يفقد هؤلاء العضوية في مجلس الإدارة إذا تغيب أي منهم عن حضور اجتماعات المجلس لمدة ستة أشهر متتالية ولو كان هذا الغياب بعذر مقبول على أنه يجب إبلاغ مراقب الشركات بالقرار الذي يصدره المجلس بهذا الخصوص.

ويستثنى من أحكام غياب عضو مجلس الإدارة الشخص الذي يمثل الشخص الاعتباري على أنه يجب على الشخص الاعتباري أن يعين شخصاً آخر بدلاً من العضو الذي تغيب خلال شهر من تبليغه بقرار المجلس بتعيين ممثله، وبخلاف ذلك يفقد هذا العضو عضويته.

أما إقالة رئيس مجلس الإدارة أو أعضاء المجلس فتتم من قبل الهيئة العامة للشركة في جسلتها غير العادية، وتجتمع الهيئة العامة لهذه الغاية بناء على طلب مقدم من مساهمين يملكون ٣٠٪ من أسهم الشركة، ويقدم طلب الإقالة إلى مجلس الإدارة وترسل نسخة منه إلى مراقب الشركات، ومن ثم تدعى الهيئة العامة لاجتماع غير عادي خلال عشرة أيام من تاريخ تقديم الطلب، على أنه إذا لم يقم مجلس الإدارة بدعوة الهيئة العامة إلى الاجتماع غير العادي خلال عشرة أيام من تاريخ تقديم الطلب يتولى مراقب الشركات دعوتها لتناقش طلب إقالة الرئيس أو العضو ولها سماع أقواله شفاهاً أو كتابة، وبعد ذلك يصوت على الطلب بالاقتراع السري، فإذا قررت الهيئة العامة الإقالة تنتخب بديلاً وفقاً لقواعد انتخاب أعضاء مجلس الإدارة، ولا يجوز تقديم طلب جديد لإقالة من تم تقديم الطلب بشأنه ورفض هذا الطلب إلا بعد ستة أشهر من تاريخ اجتماع الهيئة العامة الذي تم فيه مناقشة طلب الإقالة.

وهكذا فإنه إذا قدم رئيس وأعضاء مجلس الإدارة استقالاتهم أو فقد المجلس نصابه القانوني بسبب هذه الاستقالات، أو إذا لم تتمكن الهيئة العامة من انتخاب مجلس إدارة الشركة فعلى وزير الصناعة والتجارة بناء على تنسيب المراقب تشكيل لجنة من ذوي الخبرة والاختصاص لتتولى إدارة الشركة.

البند الثاني: الهيئة العامة للشركة المساهمة العامة

تمارس الشركة المساهمة العامة عملها بوساطة ثلاث هيئات هي مجلس الإدارة والهيئة العامة ومدقق الحسابات، وتحدثنا في بنود سابقة عن مجلس إدارة الشركة ومديرها العام ونتحدث في هذا البند عن الهيئة العامة حيث وردت أحكامها في المواد ١٦٩ - ١٨٣ من قانون الشركات.

وتمثل الهيئة العامة مجموع المساهمين في الشركة المساهمة العامة وتعد من الناحية النظرية صاحبة الكلمة العليا في الشركة، بمثابتها الجهة الأسمى التي ينبثق عنها الأجهزة الأخرى بما لها من سلطات، ومن هذه الهيئة يمارس المساهم حقه في الرقابة على أعمال الشركة، هذا وتراجع الدور الفاعل للهيئة العامة للشركة

المساهمة العامة بالمقارنة مع دور مجلس الإدارة الذي تعاظم على حساب دور الهيئة العامة[1].

أولاً: دور الهيئة العامة

تتنوع الهيئة العامة إلى نوعين هما: الهيئة العامة العادية والهيئة العامة غير العادية، وتنعقد الهيئة العامة العادية مرة واحدة على الأقل كل سنة وتعد الجهاز الأسمى والمحوري في الرقابة الدورية أثناء حياة الشركة.

أما الهيئة العامة غير العادية فتنعقد في ظروف استثنائية للنظر في تعديل نظام الشركة أو أية أمور على درجة من الخطورة تتأثر بها حياة الشركة، مثل تصفيتها او دمجها مع شركة أخرى وبيعها.

ويرأس اجتماعات الهيئة العامة العادية وغير العادية رئيس مجلس الإدارة أو نائبه في حال غيابه، وإذا كان الاثنان غائبين فيرأس الاجتماعات من ينتدبه المجلس، ويتعين على مجلس الإدارة حضور اجتماعات الهيئة العامة بعدد من أعضائه لا يقل عن العدد الواجب توافره لصحة انعقاد مجلس الإدارة.

وعند انعقاد اجتماع الهيئة العامة بصورة قانونية تتم مناقشة الأمور المدرجة على جدول الأعمال ويتم التصويت على القرارات بشأنها، ولكل مساهم أن يشترك في المناقشة بعدد الأسهم التي يملكها أصالة أو وكالة، ذلك أن من حق المساهم أن يوكل عنه مساهماً آخر لحضور أي اجتماع للشركة بالنيابة عنه.

ويتعين أن يكون التوكيل خطياً على قسيمة تعد لهذا الغرض من قبل مجلس الإدارة وموافقة مراقب الشركات بعد تدقيقها، بحيث تودع هذه القسيمة في مركز الشركة قبل ثلاثة أيام من التاريخ المحدد لاجتماع الهيئة العامة، ومن باب أولى أن يكون التوكيل من مساهم إلى آخر أمام كاتب العدل (وكالة عدلية)وتتضمن

---

(١) انظر في إخفاق الهيئة العامة د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق ص٢٧٦، ويقول: "... وقد ادى هذا كله إلى إضعاف شأن الجمعية العامة للمساهمين وهيمنة مجلس الإدارة على الشركة وإطلاق يده في شؤونها، وهذا ما حدا بالمشرع للتدخل لحماية مصالح المساهمين بعد أن أصبحت سلطتهم في إدارة الشركة معطلة عملاً لصالح أقلية من رجال المال والأعمال".

الوكالة حضور اجتماع الهيئة العامة المحدد فيها على أنها تصلح لحضور الاجتماع المحدد في الدعوة.

أما بخصوص القاصر والشخص الاعتباري فيمثله الولي/ الوصي أو الممثل القانوني حسب مقتضى الحال، حتى ولو لم يكن هذا الولي/ الوصي أو الممثل القانوني مساهما في الشركة.

ويشرف مراقب الشركات أو من ينتدبه خطيا من موظفي دائرته على تنفيذ الإجراءات الخاصة بعقد الاجتماع، ويدعو مجلس الإدارة مراقب الشركات وهيئة الأوراق المالية ومدققي حسابات الشركة إلى الاجتماع قبل موعد عقده بخمسة عشر يوما على الأقل، ويرفق بالدعوة جدول أعمال الاجتماع والبيانات والمرفقات التي توجه إلى كل مساهم ويعد اجتماع الهيئة العامة باطلا إذا لم يحضره المراقب أو من ينتدبه خطيا من موظفي الدائرة.

وعند مباشرة الاجتماع يتولى أحد المساهمين أو أحد موظفي الشركة كتابة محضر بوقائع الاجتماع، والقرارات التي اتخذت فيه، في حين يتولى عدد من المراقبين لا يقل عن اثنين جمع الأصوات وفرزها، ويعلن المراقب النتائج التي يسفر عنها التصويت.

ويدرج في محضر الاجتماع النصاب القانوني، والمسائل التي عرضت للنقاش، والقرارات التي اتخذت بشأنها، وعدد الأصوات المعارضة وتلك التي لم تظهر، ويوقع هذا المحضر من رئيس الاجتماع، ويحق لكل مساهم الحصول على نسخة مصدقة من محضر الاجتماع إذا قدم طلباً إلى مراقب الشركات ووافق الأخير على إعطائه.

وهكذا فإن اجتماع الهيئة العامة ينتهي بإصدار قرارات تكون ملزمة لمجلس الإدارة والمساهمين سواء منهم الذين حضروا الاجتماع أو الذين تغيبوا عنه، ويجوز الطعن في قانونية الاجتماع وكذلك الطعن في القرارات التي اتخذتها الهيئة العامة بدعوى تقدم إلى محكمة البداية، على أن الطعن لا يوقف القرار إلا إذا رأت المحكمة ضرورة لوقف تنفيذه، ولا تسمع الدعوى بعد مضي ثلاثة أشهر على عقد الاجتماع[1].

---

(١) انظر نص المادة (١٨٣) من قانون الشركات.

وحدد المشرع صلاحيات الهيئة العامة بحسب اجتماعها إذا كان عادياً أو غير عادي.

ثانياً: صلاحيات الهيئة العامة في اجتماعها العادي

تباشر الهيئة العامة العادية صلاحياتها بعقد اجتماعاتها للنظر في المسائل التي تدخل ضمن تلك الصلاحيات، وتعقد هذه الهيئة اجتماعاً واحداً على الأقل كل سنة، ويدعو لهذا الاجتماع مجلس إدارة الشركة بحيث تصدر الدعوة مبينة تاريخ عقد الاجتماع الذي يتم تحديده بالاتفاق مع مراقب الشركات، ويتعين أن ينعقد هذا الاجتماع في الأشهر الأربعة التالية لانتهاء السنة المالية للشركة.

ويعد الاجتماع قانونياً عندما يحضره مساهمون يمثلون أكثر من نصف أسهم الشركة المكتتب بها، على أنه إذا لم يتوافر هذا النظام خلال ساعة من وقت بدء الاجتماع يوجه رئيس مجلس الإدارة إلى الهيئة العامة دعوة إلى اجتماع ثان يعقد خلال عشرة أيام من تاريخ الاجتماع الأول وعليه أن ينشره في صحيفتين يوميتين محليتين، وقبل موعد الاجتماع المحدد بثلاثة أيام على الأقل. ويعد اجتماع الهيئة العامة الثاني قانونياً مهما بلغ عدد الأسهم الممثلة فيه، وتنظر الهيئة العامة عند اجتماعها في المسائل التي ترد في جدول الأعمال الذي يوزعه مجلس الإدارة على أعضائها والتي تدخل في اختصاصاتها المبينة في المادة ١٧١ من قانون الشركات، وهي على النحو التالي:

١- تلاوة وقائع الاجتماع العادي السابق للهيئة العامة.

٢- تقرير مجلس الإدارة عن أعمال الشركة خلال السنة والخطة المستقبلية لها.

٣- تقرير مدققي حسابات الشركة عن ميزانيتها وحساباتها الختامية الأخرى وأحوالها وأوضاعها المالية.

٤- الميزانية السنوية وحساب الأرباح والخسائر وتحديد الأرباح التي يقترح مجلس الإدارة توزيعها بما في ذلك الاحتياطات والمخصصات التي نص عليها القانون.

٥- انتخاب أعضاء مجلس الإدارة.

٦- انتخاب مدققي حسابات الشركة للسنة المالية المقبلة وتحديد أتعابهم أو تفويض مجلس الإدارة بتحديدها.

٧- اقتراحات الاستدانة والرهن وإعادة الكفالات وكفالة التزامات الشركات التابعة أو الحليفة للشركة إذا اقتضى نظام الشركة ذلك.
٨- أي موضوع آخر يدرجه مجلس الإدارة ضمن جدول أعمال الشركة.
٩- أي أمور أخرى تقترح الهيئة العامة إدراجها ضمن جدول الأعمال وتدخل في نطاق أعمال الاجتماع العادي للهيئة العامة على أن يقترن إدراج هذا الاقتراح ضمن جدول الأعمال بموافقة عدد من المساهمين يمثلون ما لا يقل عن ١٠٪ من الأسهم الممثلة للاجتماع.

ثالثاً: صلاحيات الهيئة العامة في اجتماعها غير العادي

تمثل الهيئة العامة للشركة المساهمة العامة في اجتماعها غير العادي مجموع المساهمين، وتنعقد هذه الهيئة بدعوة من مجلس إدارة الشركة أو بناء على طلب خطي يقدم إلى المجلس من مساهمين يملكون ما لا يقل عن ربع أسهم الشركة المكتتب بها أو يملكون أصالة ما لا يقل عن ١٥٪ من أسهم الشركة المكتتب بها.

وعندما يتلقى مجلس الإدارة طلباً بدعوة الهيئة العامة لاجتماع غير عادي عليه أن يوجه الدعوة للمساهمين خلال مدة لا تتجاوز خمسة عشر يوماً من تاريخ تبليغ المجلس بالطلب لعقد هذا الاجتماع، وإذا تخلف مجلس الإدارة عن توجيه الدعوة أو رفض توجيهها للمساهمين يقوم بذلك مراقب الشركات.

ويكون اجتماع الهيئة العامة غير العادي قانونياً بحضور مساهمين يمثلون أكثر من نصف أسهم الشركة المكتتب بها، ويؤجل الاجتماع إلى موعد آخر يعقد خلال عشرة أيام من تاريخه إذا انقضى ساعة ولم يتوفر النصاب، بحيث يعلن رئيس مجلس الإدارة في صحيفتين يوميتين محليتين على الأقل الموعد الثاني، ويكون الإعلان قبل الاجتماع الثاني بثلاثة أيام على الأقل ويعد الاجتماع الثاني قانونياً إذا حضره مساهمون يمثلون ٤٠٪ من أسهم الشركة، وإذا لم يتوافر هذا النصاب في الاجتماع الثاني يلغى الاجتماع مهما كانت أسباب الدعوة إليه.

هذا واستثنى المشرع من النصاب القانوني للهيئة العامة غير العادية الاجتماع إذا كان مخصصاً لبحث إحدى حالتين هما: تصفية الشركة أو دمجها وكان الاستثناء

يتضمن أن الاجتماع يكون قانونياً بحضور ثلثي حملة أسهم الشركة المكتتب بها، وينطبق ذلك على الاجتماع الثاني الذي سيؤجل إليه الاجتماع الأول. وجدير بالذكر أن القرارات التي تصدرها الهيئة العامة غير العادية يجب أن تكون صادرة بأكثرية ٧٥٪ من مجموع الأسهم الممثلة بالاجتماع.

أما صلاحيات الهيئة العامة في اجتماعها غير العادي فتشمل بالإضافة إلى صلاحياتها في الاجتماع العادي المسائل التالية:

١- تعديل عقد الشركة ونظامها الأساسي.
٢- دمج الشركة أو اندماجها.
٣- إقالة مجلس الإدارة أو رئيسه أو أحد أعضائه.
٤- تصفية الشركة أو فسخها.
٥- بيع الشركة أو تملك شركة أخرى كلياً.
٦- زيادة رأس المال المصرح به أو تخفيض رأس المال.
٧- إصدار أسناد القرض القابلة للتحويل إلى أسهم.
٨- تمليك العاملين في الشركة لأسهم في رأسمالها.
٩- شراء الشركة لأسهمها وبيع تلك الأسهم وفقاً لأحكام هذا القانون والتشريعات النافذة.

البند الثالث: مدققو حسابات الشركة المساهمة العامة المحدودة

ألزم المشرع بالمادة ١٩٢ من قانون الشركات، الشركة المساهمة العامة بانتخاب مدقق حسابات أو أكثر يتولى مراقبة أعمال الشركة وتدقيق حساباتها وفحص الأنظمة المالية والإدارية للشركة وأنظمة المراقبة المالية الداخلية، والتأكد من ملاءمتها لحسن سير أعمال الشركة والمحافظة على أموالها.

كما ويراقب مدقق الحسابات أعمال الشركة لضمان تطبيقها معايير المحاسبة الدولية وأصولها المتعارف عليها وتنظيم حساباتها ودفاترها، وكذلك ما يتعلق بتوزيع الأرباح واقتطاع الاحتياطي الإجباري.

هذا وألقى المشرع بقانون الشركات على عاتق مدقق الحسابات واجبات وردت بنص المادة ١٩٣ كما يلي:

١- مراقبة أعمال الشركة.

٢- تدقيق حساباتها وفقاً لقواعد التدقيق المعتمدة ومتطلبات المهنة وأصولها العلمية والفنية.

٣- فحص الأنظمة المالية والإدارية للشركة وأنظمة المراقبة المالية الداخلية لها والتأكد من ملاءمتها لحسن سير أعمال الشركة والمحافظة على أموالها.

٤- التحقق من موجودات الشركة وملكيتها لها والتأكد من قانونية الالتزامات المترتبة على الشركة وصحتها.

٥- الاطلاع على قرارات مجلس الإدارة والهيئة العامة والتعليمات الصادرة عن الشركة وأي بيانات يتطلب العمل ضرورة الحصول عليها والتحقق منها.

٦- أي واجبات أخرى يترتب على مدقق الحسابات القيام بها بموجب هذا القانون وقانون مهنة تدقيق الحسابات والأنظمة الأخرى ذات العلاقة.

٧- يقدم مدققو الحسابات تقريراً خطياً موجهاً للهيئة العامة وعليهم أو من ينتدبونه أن يتلو التقرير أمام الهيئة العامة.

وعليه فإن المشرع يكون قد وضع مدقق الحسابات مع هيئات الشركة التي تعمل على تحقيق أغراضها والنهوض بها، ومكن المشرع كل هيئة من القيام بعملها وفق أحكام القانون، وأناط بمدقق الحسابات استئناف عمله وطلب إليه أن يمارسه حتى إذا ما واجه عقبات أو عراقيل تعذر بوجودها ممارسة عمله فعليه أن يقدم تقريراً خطياً لمراقب الشركات ونسخة منه لمجلس الإدارة ويتضمن التقرير الأسباب التي تعرقل أعماله أو تحول دون قيامه بها.

وكذلك فإن مدقق الحسابات يعد وكيلاً عن المساهمين في حدود المهمة الموكولة إليه ويستطيع كل مساهم أن يستفسر منه عما ورد في تقريره أثناء انعقاد اجتماع الهيئة العامة، فضلاً عن أن من واجبه أن يبلغ خطياً رئيس مجلس إدارة الشركة

ومراقب الشركات وهيئة الأوراق المالية وسوق البورصة عند اكتشافه مخالفة للقانون أو لنظام الشركة أو مخالفة لأي أمور مالية ذات أثر سلبي على أوضاع الشركة.

وبموجب صلاحيات مدقق الحسابات ومسؤولياته كما قررها المشرع في قانون الشركات أن يقدم تقريراً يتضمن ما يلي:

١- أنه قد حصل على المعلومات والبيانات والإيضاحات التي رآها ضرورية لأداء عمله.

٢- أن الشركة تمسك حسابات وسجلات ومستندات منظمة وأن بياناتها المالية معدة وفقاً لمعايير المحاسبة الدولية المعتمدة وتمكنه من إظهار الوضع المالي للشركة ونتائج أعمالها، وتدفقاتها النقدية بصورة عادلة وان الميزانية وبيان الأرباح والخسائر متفقة مع القيود والدفاتر.

٣- أن إجراءات التدقيق التي قام بها لحسابات الشركة تعد كافية برأيه لتشكل أساساً معقولاً لإبداء رأيه حول الوضع المالي للشركة ونتائج الأعمال والتدفقات النقدية للشركة وفقاً لقواعد التدقيق المتعارف عليها عالمياً.

٤- أن البيانات المالية الواردة في تقرير مجلس الإدارة الموجه للهيئة العامة تتفق مع قيود الشركة وسجلاتها.

٥- مخالفات أحكام القانون أو نظام الشركة الواقعة خلال السنة موضوع التدقيق إذا كان لها أثر جوهري على نتائج أعمال الشركة ووضعها المالي وما إذا كانت هذه المخالفات ما تزال قائمة وذلك في حدود المعلومات التي توفرت لديه أو التي يتوجب عليه معرفتها بحكم واجباته المهنية.

كما أن على مدقق الحسابات أن يبدي رأيه في الميزانية وحساب الأرباح والخسائر للشركة ويوصي بإحدى التوصيات التالية:

١- المصادقة على ميزانية الشركة وحساب أرباحها وخسائرها وتدفقاتها النقدية بصورة مطلقة.

٢- المصادقة على ميزانية الشركة وحساب الأرباح والخسائر وتدفقاتها النقدية مع التحفظ على ذلك وبيان أسباب هذا التحفظ وأثره المالي على الشركة.

٣- عدم المصادقة على الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وتدفقاتها النقدية وردها إلى مجلس الإدارة وبيان الأسباب الموجبة لرفضه التوصية بالتصديق على الميزانية، وفي حال التوصية بعدم التصديق على البيانات المالية لمجلس الإدارة، فإن للهيئة العامة للشركة أن تقرر:

١. إما الطلب إلى مجلس الإدارة بتصحيح الميزانية وحساب الأرباح والخسائر وفق الملاحظات التي أبداها مدقق الحسابات واعتبارها مصدقة بعد هذا التعديل.

٢. أو إحالة الموضوع إلى مراقب الشركات لتعيين لجنة خبراء من مدققي حسابات قانونيين للفصل في موضوع الخلاف بين مجلس إدارة الشركة ومدقق حساباتها ويكون قرار اللجنة ملزماً بعد عرضه مرة أخرى على الهيئة العامة لإقراره ويتم تعديل الميزانية وحساب الأرباح والخسائر تبعاً لذلك.

هذا ويسأل مدقق الحسابات عن خطئه إذا أخطأ أثناء القيام بواجباته المحددة له وفق القوانين، أو ما تقتضيه معايير المحاسبة والتدقيق الدولية المعتمدة أو سبب إصدار بيانات مالية غير مطابقة للواقع، أو إذا أخطأ أو أخفق في تنفيذ عمله، أو صادق على بيانات مالية غير مطابقة للواقع وتقوم المسؤولية في مواجهته ليسأل عن تعويض الضرر المتحقق والربح الفائت بسبب الأخطاء التي ارتكبها في تنفيذ عمله أو لإخفاقه في القيام بواجباته المحددة له.

ومن جهة أخرى حظر المشرع على مدقق الحسابات إفشاء أسرار الشركة، وأنه إذا فعل ذلك وجب عزله ومطالبته بالتعويض، وأيضاً حظر المشرع عليه وعلى موظفيه المضاربة بأسهم الشركة التي يدقق حساباتها تحت طائلة عزله من تدقيق حسابات الشركة وتضمينه التعويض عن أي ضرر ترتب على مخالفته.

المبحث الثالث
تصفية الشركة المساهمة العامة

البند الأول: الأحكام العامة للتصفية

تنقضي الشركة ويتم تصفيتها وتزول شخصيتها المعنوية وفق أحكام القانون، وأنه بعد أن تنقضي الشركة بأحد أسباب الانقضاء يتم تصفيتها. ومن أسباب انقضاء الشركة: انتهاء أجل الشركة المحدد بالعقد، أو بنظامها الأساسي، انتهاء العمل الذي قامت من أجله، هلاك رأس مالها أو معظمه، وهناك أسباب اختيارية يتم بموجبها تصفية الشركة، كحل الشركة، واندماجها مع شركة أخرى، وهناك أسباب جبرية يتم فيها تصفية الشركة كصدور حكم قضائي بتصفيتها أو صدور حكم بإفلاسها[1].

وهكذا فإنه إذا قام أحد أسباب انقضاء الشركة ترتب على ذلك تصفيتها وفق أحكام القانون المبحوثة في الباب الثالث عشر في تصفية الشركة المساهمة العامة في المواد من ٢٥٢_٢٧٢، وتهدف التصفية إلى إنهاء أعمال الشركة وحصر موجوداتها واستيفاء مالها من حقوق ودفع ما عليها من ديون وتحديد باقي موجوداتها تقسيمها بين الشركاء[2].

لذلك فإن الشخصية المعنوية للشركة تبقى في فترة التصفية بالقدر اللازم لأعمال التصفية.

وهكذا أقر المشرع في المواد ٢٥٢ ـ ٢٥٨ من قانون الشركات أحكاماً عامة للتصفية تضمنت أن التصفية تكون اختيارية بقرار من الهيئة العامة غير العادية للشركة وتكون إجبارية بقرار قطعي من المحكمة، ولا تنتهي الشركة إلا بعد

---

(١) انظر في تصفية الشركة د. أبو زيد رضوان. المرجع السابق ص٢٨٢ ويقول: "متى حلت الشركة دخلت في دور التصفية"، د. عبد علي الشخانبة. المرجع السابق. ص١٧٢.

(٢) انظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص٦٣ ويقول: "الأصل أن تنتهي شخصية الشركة بانقضائها إلا ان المادة ٥٢٣ من القانون المدني تقضي بأن شخصية الشركة تبقى بعد حلها بالقدر اللازم للتصفية وإلى أن تنتهي".

استكمال إجراءات التصفية، أما إجراءات التصفية وتنظيمها وتنفيذها وأعمال المصفي وتقارير المصفي فتحدث عنها المشرع بأنها ستحدد بنظام خاص ولم يصدر هذا النظام مما يفرض استمرار الإجراءات الخاصة بالتصفية المعمول بها وفق القواعد الواردة بقانون الشركات.

وأنه إذا قررت الهيئة العامة غير العادية للشركة تصفيتها تقرر أيضاً تعيين مصف لها ليتولى الإشراف على أعمال التصفية ويحافظ على أموالها وموجوداتها، وتتوقف عن مزاولة نشاطها وممارسة أعمالها من تاريخ صدور قرار التصفية في حال التصفية الاختيارية ومن تاريخ صدور قرار المحكمة في حال التصفية الإجبارية، على أن الشخصية المعنوية للشركة تستمر ويمثلها المصفي إلى حين فسخها بعد الانتهاء من أعمال التصفية.

وهكذا فإنه بعد صدور قرار التصفية يتولى المصفي إجراءات التصفية ويضيف إلى اسم الشركة وفي جميع أوراقها ومراسلاتها عبارة "تحت التصفية" ويتم تزويد مراقب الشركات وهيئة الأوراق المالية وسوق البورصة ومركز الإيداع بنسخة من قرار التصفية، وينشر مراقب الشركات في الجريدة الرسمية قرار التصفية في صحيفتين يوميتين محليتين.

هذا وتمنع الشركة عن القيام بأية أعمال من الأعمال التالية وتعد تصرفاتها باطلة في الحالات التالية:

١- كل تصرف بأموال الشركة المساهمة العامة الموجودة تحت التصفية وحقوقها وأي تداول باسمها ونقل ملكيتها.

٢- أي تغيير أو تعديل على التزامات رئيس وأعضاء مجلس إدارة الشركة الموجودة تحت التصفية أو في التزامات على الآخرين تجاهها.

٣- أي حجز على أموال الشركة وموجوداتها وأي تصرف آخر أو تنفيذ يجري على تلك الأموال والموجودات بعد صدور القرار بتصفية الشركة.

٤- جميع عقود الرهن أو التأمين على أموال الشركة وموجوداتها أو الإجراءات الأخرى التي ترتب التزامات وامتيازات على أموال الشركة وموجوداتها إذا تمت خلال الأشهر الثلاثة السابقة على قرار تصفية

الشركة إلا إذا ثبت أن الشركة قادرة على الوفاء بجميع ديونها بعد انتهاء التصفية، ولا يسري هذا البطلان إلا على المبلغ الذي يزيد على ما دفع للشركة بموجب تلك العقود وقت إنشائها أو بعد ذلك مع الفوائد القانونية عليها.

٥- كل تحويل لأموال الشركة تحت التصفية وموجوداتها أو التنازل عنها أو إجراء أي تصرف بها بطريق التدليس لتفضيل بعض دائني الشركة على غيرهم.

وبصدور قرار تصفية الشركة يتعين على مدير التنفيذ أن يسلم الأموال والموجودات المطلوب الحجز عليها إلى المصفي إذا لم يكن قد تم بيعها، ويسلم ما لديه من أموال إلى المصفي، وتأذن المحكمة للمصفي ببيع موجودات الشركة إذا تبين لها وجود مصلحة تستدعي ذلك، وعند إكمال إجراءات التصفية وحصر موجودات الشركة وتحصيل مستحقاتها يباشر المصفي بتسديد ديون الشركة وفق ترتيب نص عليه حكم المادة ٢٥٦ من قانون الشركات بحيث يحسم من المبالغ المترصدة لدى المصفي نفقات التصفية وأتعاب المصفي، ثم يبدأ بدفع ديون الشركة وفق ما يلي:

١- المبالغ المستحقة للعاملين في الشركة.

٢- المبالغ المستحقة للخزينة العامة والبلديات.

٣- بدلات الإيجار المستحقة لمالك أي عقار مؤجر للشركة.

٤- المبالغ الأخرى المستحقة حسب ترتيب امتيازاتها وفق القوانين المعمول بها.

هذا وحدد المشرع مدة سنة يتعين أن تنتهي خلالها أعمال التصفية، على أنه إذا لم تنته التصفية خلال المدة القانونية فيتعين على المصفي أن يرسل إلى مراقب الشركات بياناً يتضمن التفاصيل المتعلقة بالتصفية أو المرحلة التي وصلت إليها، واشترط المشرع في كل الأحوال ألا تزيد مدة التصفية على ثلاث سنوات، ومع ذلك عاد المشرع ليعطي مراقب الشركات صلاحية تمديد المدة إذا كانت التصفية اختيارية، ويعطي المحكمة صلاحية تمديد المدة إذا كانت التصفية إجبارية.

كما أجاز المشرع لكل دائن أو مدين أن يطلع على البيان الذي يقدمه المصفي إلى مراقب الشركات في حال عدم انتهاء أعمال التصفية خلال سنة، وإذا ظهر أن لدى

المصفي مبالغ من أموال الشركة لم يدع بها أحد أو لم يتم توزيعها بعد مضي ستة أشهر على تسلمها، فعلى المصفي أن يودع ذلك المبلغ لدى البنك الذي يعينه المراقب ويكون الإيداع باسم الشركة تحت التصفية[1].

البند الثاني: التصفية الاختيارية للشركة

قنن المشرع أحكام التصفية الاختيارية في المواد ٢٥٩-٢٦٥ من قانون الشركات. وكنا أوضحنا أن التصفية الاخيارية تتم بقرار من الهيئة العامة غير العادية للشركة وفق حكم المادة ١٧٥ والمادة ٢٥٢ من قانون الشركات.

وتصفى الشركة تصفية اختيارية في أي من الحالات التي أوردها المشرع في المادة (٢٥٩)، وهي:

١- انتهاء المدة المعينة للشركة ما لم تقرر الهيئة العامة تمديدها.

٢- بإتمام أو انتفاء الغاية التي تأسست الشركة من أجلها أو باستحالة إتمام هذه الغاية أو انتفائها.

٣- بصدور قرار من الهيئة العامة بفسخها وتصفيتها.

٤- في الحالات التي ينص عليها نظام الشركة.

فإذا تحققت إحدى هذه الحالات تعين الهيئة العامة للشركة مصفياً أو أكثر لمباشرة أعمال التصفية، وإذا لم تعين الهيئة العامة المصفي فيتم تعيينه من قبل مراقب الشركات ويباشر أعماله في تصفية الشركة بعد تعيينه، بحيث يتولى تسوية حقوق الشركة والتزاماتها وحصر موجوداتها، وفق إجراءات رسمها المشرع.

وأعطى المشرع المصفي صلاحيات بمقتضى المادة ٢٦١ التي أحالته إلى المادة ٢٦٨ الباحثة في التصفية الإجبارية، وهذه الصلاحيات يخول بموجبها المصفي بوضع يده على جميع أموال وموجودات الشركة، وله أن يستوفي من أي مدين أو وكيل عن الشركة أو بنك أو مندوب أو موظف جميع الأموال والسجلات والدفاتر والأوراق الموجودة لديه.

ويقوم المصفي بأعمال التصفية الاختيارية على نحو ينظم قائمة بأسماء المدينين للشركة ويكتب تقريراً بالأعمال والإجراءات التي قام بها لغايات المطالبة بالديون

---

(١) انظر في حقوق الدائنين في حال تصفية الشركة، د. عبد علي الشخانبة. المرجع السابق. ص٣٢١.

المستحقة للشركة على المدينين ويتولى دفع ديون الشركة ويسوي ما لها من حقوق وما عليها من التزامات وهو في سبيل ذلك لا بد أن ينشر إعلان التصفية في صحيفتين محليتين يوميتين يشعر بموجبه الدائنين بضرورة تقديم مطالباتهم تجاه الشركة سواء أكانت مستحقة الوفاء أم لا وذلك خلال شهرين إذا كانوا مقيمين داخل المملكة وثلاثة أشهر إذا كانوا مقيمين خارجها، ويعاد نشر الإعلان بذات الطريقة بعد أربعة عشر يوماً على مرور تاريخ نشر الإعلان الأول، أما من لم يتمكن من الدائنين تقديم مطالبته خلال المدة المقررة لوجود عذر مشروع يقتنع به المصفي أو المحكمة فتمدد المدة ثلاثة أشهر أخرى كحد أعلى، وإذا لم يتقدم الدائن بمطالبته خلال المدة المحددة فيجوز له تقديم مطالبته في أي مرحلة لاحقة على أن تصبح مطالبته في مرتبة تالية لمطالبات الدائنين المقدمة ضمن المدة القانونية[1].

هذا ويستطيع المصفي أن يبرم اتفاقات مع دائني الشركة، وتكون هذه الاتفاقات ملزمة لطرفيها إذا اقترنت بموافقة الهيئة العامة للشركة وقبله عدد من الدائنين الذين تبلغ مجموع ديونهم ثلاثة أرباع الديون المستحقة عليها.

ويحق لأي دائن أن يطعن في أي اتفاق أمام محكمة البداية خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إعلانه في صحيفتين يوميتين، وتختص في الفصل في أي مسألة تنشأ في إجراءات التصفية بطلب من المصفي أو المدين أو الدائن أو كل ذي مصلحة.

وللمصفي حق دعوة الهيئة العامة للشركة للاجتماع ليعرض عليها أي أمر يراه ضرورياً بقصد الحصول على موافقتها بما في ذلك العدول عن التصفية، كما أن لمراقب الشركات بناء على طلب يقدم إليه من مساهمين أو شركاء يملكون أكثر من ٢٥٪ من رأسمال الشركة دعوة الهيئة العامة للشركة لمناقشة إجراءات التصفية أو عزل المصفي وانتخاب غيره.

هذا ويستطيع المصفي أو المحامي العام المدني أو مراقب الشركات أو من له مصلحة أن يقدم طلباً إلى محكمة البداية يطلب بموجبه تحويل التصفية من اختيارية إلى

---

(١) انظر في نتائج تصفية الشركة التجارية، د. عبد علي الشخانبة. المرجع السابق. ص٤٨٧.

إجبارية ، وللمحكمة اتخاذ القرار المناسب بذلك بحيث تقرر تحويل التصفية إلى إجبارية أو استمرار التصفية الاختيارية تحت إشرافها وفق الشروط والقيود التي تقررها.

البند الثالث: التصفية الإجبارية للشركة

تعني التصفية الإجبارية للشركة شطبها من القيود التي تعترف لها بالشخصية المعنوية على نحو ينتهي ذمتها المالية وتوزع موجوداتها على الشركاء بعد أن يتم تسوية ديونها مع دائنيها ، ويتقرر إنهاء وجود الشركة بصورة إلزامية من محكمة البداية إذا تقدم المحامي العام أو مراقب الشركات بطلب لتصفيتها ويكون ذلك ضمن حالات ورد النص عليها بالمادة (٢٦٦) من قانون الشركات وهي:

١- إذا ارتكبت الشركة مخالفات جسيمة للقانون أو لنظامها الأساسي.

٢- إذا عجزت الشركة عن الوفاء بالتزاماتها.

٣- إذا توقفت الشركة عن أعمالها مدة سنة دون سبب مبرر أو مشروع.

٤- اذا زاد مجموع خسائر الشركة على ٧٥٪ من رأسمالها المكتتب به ما لم تقرر الهيئة العامة زيادة رأسمالها.

هذا وبمجرد تقديم الطلب إلى المحكمة لتصفية الشركة تعد المحكمة قد بدأت بتصفية الشركة ، لأنها ستعين مصف أو أكثر وتحدد صلاحياته وتلزمه بتقديم كفالة ، ولها عزله واستبدال غيره به.

وإذا تضمن طلب التصفية المقدم إلى المحكمة وقف السير في أي دعوى أقيمت ضد الشركة أو أية إجراءات اتخذت ضدها فللمحكمة اتخاذ القرار بذلك ، على أنه لا يجوز سماع أي دعوى أو إجراءات قضائية جديدة ضد الشركة إذا أقيمت أو بوشر العمل بها بعد تقديم دعوى التصفية. وللمحكمة بعد النظر في دعوى التصفية أن تحكم بردها أو الحكم بالتصفية وتحميل المسؤولين عن أسباب التصفية المصاريف والنفقات.

ويترتب على صدور قرار المحكمة بإعلان التصفية الإجبارية في الشركة ما يلي:

١- وقف العمل في تفويض أو صلاحية توقيع أي جهة في الشركة، ويختص المصفي حصراً بمنح أي تفويض أو صلاحية توقيع تتطلبه إجراءات التصفية.

٢- وقف احتساب أي فوائد على الديون المترتبة على الشركة إلا إذا كانت فوائد هذه الديون مؤمنة برهون أو بضمانات صحيحة.

٣- وقف احتساب مرور الزمن المانع من سماع الدعوى بشأن أي حقوق أو مطالبات مستحقة أو قائمة لصالح الشركة لمدة ستة أشهر من تاريخ صدور قرار التصفية.

٤- وقف السير في الدعاوى والإجراءات القضائية المقامة من الشركة أو ضدها لمدة ثلاثة أشهر إلا إذا قرر المصفي متابعة السير قبل انتهاء هذه المدة وذلك مع مراعاة أحكام الفقرة (ج) من هذه المادة.

٥- وقف السير في أي معاملات إجرائية أو تنفيذية ضد الشركة إلا إذا كانت بناء على طلب دائن مرتهن ومتعلقة بالمال المرهون نفسه، وفي هذه الحالة توقف تلك المعاملات أو يمنع قبولها لمدة ثلاثة أشهر من تاريخ صدور قرار التصفية.

٦- سقوط الآجال المتفق عليها مع مديني الشركة لتسديد الالتزامات المترتبة عليهم.

كما يتضمن قرار المحكمة تخويل المصفي وضع يده على جميع أموال وموجودات الشركة، ولها أن تأمر أي مدين أو وكيل أو بنك أو مندوب أو موظف أن يدفع إلى المصفي أو يحول له على الفور جميع الأموال والسجلات والدفاتر والأوراق الموجودة تحت يديه والعائدة للشركة. ويحق لكل محكوم عليه أن يستأنف القرار الصادر عن المحكمة.

أما إجراءات المصفي التي يتعين عليه القيام بها لتصفية الشركة فتتضمن اتخاذ القرارات والإجراءات التي يراها لازمة لإتمام أعمال التصفية، ومن هذه الإجراءات:

١- إدارة أعمال الشركة في حدود ما تتطلبه إجراءات التصفية بما في ذلك تنفيذ العقود القائمة قبل التصفية.

٢- جرد أصول الشركة وموجوداتها وحصر مطلوباتها.

٣- تعيين أي من الخبراء والأشخاص لمساعدته على إتمام إجراءات التصفية أو تعيين لجان خاصة وتفويضها بأي من المهام والصلاحيات المنوطة به تحت إشرافه.

٤- إقامة أي دعاوى واتخاذ أي إجراءات قانونية باسم الشركة أو نيابة عنها لتحصيل ديونها والمحافظة على حقوقها بما في ذلك تعيين محام لتمثيل الشركة في أي من هذه الدعاوى والإجراءات.

٥- التدخل في الدعاوى والإجراءات القضائية المتعلقة بأموال الشركة ومصالحها.

ومع هذه الإجراءات والصلاحيات المعطاة للمصفي إلا أن المشرع فرض عليه واجبات والتزامات يتعين عليه مراعاتها لتكون طريقه في ممارسة أعماله في التصفية، هذا وضمّن المشرع في القانون أحكاماً تتعلق بقرارات المصفي منها: أن قراراته قابلة للطعن بها أمام محكمة البداية التي لها حق تأييدها أو إبطالها أو تعديلها، وتكون قرارات المحكمة لهذه الجهة قطعية.

أما التزامات المصفي كما قررها المشرع في المادة (٢٧٠) من قانون الشركات فهي:

١- إيداع الأموال التي تسلمها باسم الشركة في البنك الذي تعينه المحكمة لهذه الغاية.

٢- تزويد المحكمة والمراقب في المواعيد المقررة بحساب مصدق من مدقق حسابات التصفية عما تسلمه من مبالغ أو دفعها ولا يعد هذا الحساب نهائياً إلا بعد تصديقه من قبل المحكمة.

٣- حفظ سجلات ودفاتر حسابية منظمة وفق الأصول المراعية لأعمال التصفية، ويجوز لأي دائن أو مدين للشركة الاطلاع عليها بموافقة المحكمة.

٤- دعوة الدائنين أو المدينين إلى اجتماعات عامة للتحقق من مطالباتهم وسماع اقتراحاتهم.

٥- مراعاة تعليمات المحكمة وقراراتها المتعلقة بالدائنين والمدينين في إشرافه على أموال الشركة وموجوداتها وتوزيعها على دائنيها[١].

هذا وبعد إتمام تصفية الشركة تصدر المحكمة قراراً بفسخها على نحو تصبح الشركة فيه منقضية من تاريخ صدور هذا القرار، ويتولى المصفي تبليغ القرار إلى مراقب الشركات لنشره في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين محليتين يوميتين.

وإذا تبين أن هناك أي أموال أو حقوق للشركة لم تكن ظاهرة أثناء عملية التصفية فعلى مراقب الشركات أن يحيل هذا الموضوع إلى محكمة البداية لتعيين مصف قانوني أو تكليف المصفي السابق بتحصيل تلك الحقوق والتصرف بأي موجودات وتسويتها وفق أحكام القانون.

---

(١) انظر في مسؤولية المصفي. د. عبد علي الشخانبة. المرجع السابق. ص٢٦٦.

الفصل الخامس
أنواع أخرى من الشركات

هناك أنواع أخرى من الشركات ورد النص عليها في قانون الشركات في المواد من ٤١ ـ ٤٨ الخاصة بشركة التوصية البسيطة ومن ٤٩ ـ ٥٢ الخاصة بشركة المحاصة، ومن ٧٧ ـ ٨٩ الخاصة بشركة التوصية بالأسهم، ومن ٦٥مكرر ـ ٨٩ مكرر الخاصة بالشركة المساهمة الخاصة.

وينطبق على هذه الأنواع من الشركات الأحكام العامة الواردة في قانون الشركات وكذلك بعض الأحكام الباحثة في شركات التضامن أو المساهمة العامة.

لذلك سنوجز حديثنا عن هذه الأنواع من الشركات من حيث: تعريفها وبيان بعض أحكام القانون بشأنها على قدر ما يمكن القارئ من التعرف عليها، وسنتحدث عن هذه الشركات في المباحث التالية:

المبحث الأول: شركة التوصية.

المبحث الثاني: شركة المحاصة.

المبحث الثالث: الشركة المساهمة الخاصة.

المبحث الأول
شركـــة التوصيـــة

البند الأول: شركة التوصية البسيطة

لم يتطرق قانون الشركات إلى تعريف شركة التوصية البسيطة بل اكتفى بالقول أنها تتألف من فئتين من الشركاء: الأولى الشركاء المتضامنون، والثانية الشركاء الموصون، ونص على صلاحية الشركاء المتضامنون بأنهم يتولون إدارة الشركة ويمارسون أعمالها، وهم مسؤولون بالتضامن والتكافل عن ديون الشركة والالتزامات المترتبة عليها في أموالهم الخاصة، كما تطرق المشرع إلى تحديد صلاحية الشركاء الموصين بأنهم يشاركون في رأس مال الشركة دون أن يحق لهم إدارتها أو ممارسة أعمالها، ويسأل كل منهم عن ديون الشركة والالتزامات المترتبة عليها بمقدار حصته في رأس مال الشركة.

وأوضح المشرع أن عنوان الشركة يتضمن أسماء الفئة الأولى من الشركاء المتضامنين بما يعني أنه لا يجوز أن يرد اسم أي شريك موص في عنوان الشركة.

هذا ويمكن تعريف شركة التوصية البسيطة بأنها عقد فيما بين اثنين فأكثر يكون فيه أحد الشركاء أو أكثر مسؤولين ومتضامنين بصورة مطلقة عن التزامات الشركة، في حين يكون أحد الشركاء أو أكثر مسؤولين كل بنسبة حصته في رأس مال الشركة.

ومن خصائص هذه الشركة وجود فريقين من الشركاء فيها وذلك على النحو الآتي:

الفريق الأول: الشركاء المتضامنون، ويتمتعون بنفس المركز القانوني الذي يتمتع به الشريك المتضامن في شركة التضامن ويكتسبون صفة التاجر، ولهم حق إدارة الشركة وتندرج أسماؤهم في

عنوانها ويسألون مسؤولية تضامنية ومطلقة عن ديون الشركة والتزاماتها.

الفريق الثاني: الشركاء الموصون، ولا يكتسبون صفة التاجر، وليس لهم حق في إدارتها ولا ترد أسماؤهم في عنوانها ويسألون عن ديون الشركة والتزاماتها بقدر حصة كل واحد منهم فيها[1].

على أنه إذا اشترك الشريك الموصي في إدارة أمور الشركة يكون مسؤولاً عن جميع الديون والالتزامات التي تحملتها الشركة أثناء اشتراكه في إدارتها كأنه شريك متضامن.

ويحق للشريك الموصي أن يتنازل عن حصته للآخرين دون الحاجة إلى أخذ موافقة الشركاء المتضامنين، ويحل المتنازل له محل المتنازل كشريك موص ويأخذ ذات المركز القانوني الذي كان يشغله إلا إذا وافق الشركاء المتضامنون على أن يدخل شريكاً متضامناً، لأن من حق الشركاء المتضامنين قبول شريك متضامن بموافقة جميعهم ولا يشترط موافقة الشركاء الموصين[2].

أما الأحكام القانونية الأخرى التي تطبق على هذا النوع من الشركات فهي تلك الأحكام الواردة في قانون الشركات والباحثة في شركة التضامن عملاً بالمادة (٤٨) من ذات القانون التي تنص على أنه:

"تطبق على شركة التوصية البسيطة الأحكام التي تطبق على شركة التضامن المنصوص عليها في هذا القانون وذلك في الحالات والأمور التي لم يرد عليها النص في هذا الباب"[3].

---

(١) انظر د. مصطفى كمال طه. المرجع السابق ص٢٢٨ ويقول: " يراعى ان الشريك الموصي في شركة التوصية يجب ان يساهم فيها بنصيب في رأس المال، فلا يمكن ان يكون شريكاً موصياً بمجرد عمله"، د. نادية معوض. الشركات التجارية ط١ ٢٠٠، ص١٨٢.

(٢) انظر نص المادة (٤٥) من قانون الشركات.

(٣) انظر د. نادية معوض. المرجع السابق ص١٨٢، وتحدثت عن خصائص شركة التوصية البسيطة ومسؤولية كل فئة من الشركاء وتكوين الشركة واركانها وإدارتها وانقضائها وتصفيتها في فصل مستقل.

البند الثاني: شركة التوصية بالأسهم

أولاً: تعريف الشركة

هي: شركة تتألف من فئتين من الشركاء، الأولى الشركاء المتضامنون والثانية الشركاء المساهمون، ويتكون رأس مالها من أسهم متساوية القيمة وتقبل التداول، وقيمة السهم الواحد دينار واحد لا يقبل التجزئة.

ثانياً: خصائص الشركة

١- لا يجوز أن يقل عدد الشركاء من الفئة الأولى عن اثنين، ولا يجوز أن يقل عدد الشركاء من الفئة الثانية عن ثلاثة.

٢- يسأل الشركاء من الفئة الأولى ـ وهم الشركاء المتضامنون ـ عن ديون الشركة والتزاماتها في أموالهم الخاصة.

٣- لا يسأل الشركاء من الفئة الثانية ـ وهم الشركاء المساهمون ـ عن ديون الشركة والتزاماتها إلا بنسبة مساهمة كل واحد منهم[١].

٤- لا يجوز أن يقل رأس مال الشركة عن مئة ألف دينار يقسم إلى أسهم متساوية قابلة للتداول وقيمة السهم دينار واحد.

٥- لا يجوز أن يزيد رأس مال الشركة المطروح للاكتتاب على مثلي مجموع ما ساهم به الشركاء المتضامنون في الشركة.

لذلك فإن هذه الشركة تتكون من فئتين من الشركاء وهما:

الفئة الأولى: الشركاء المتضامنون ولا يقل عددهم عن اثنين ويسألون عن ديون الشركة والتزاماتها بأموالهم الخاصة.

الفئة الثانية: الشركاء المساهمون لا يقل عددهم عن ثلاثة ويسألون عن ديون الشركة بنسبة مساهمة كل واحد منهم في رأس المال.

وشركة التوصية بالأسهم من الشركات المختلطة، لأنها تضم فريقين من الشركاء. وتعد بالنسبة للشركاء المتضامنين شركة أشخاص وبالنسبة للشركاء المساهمين شركة أموال، ويحتل الشركاء المتضامنون في شركة التوصية بالأسهم

(١) انظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص٢٤٣.

ذات المركز القانوني الذي يحتله الشركاء المتضامنون في شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة في جميع النواحي.

ويشبه الشركاء المساهمون في شركة التوصية بالأسهم الشركاء المساهمين في شركة المساهمة العامة، من جهة أن مسؤوليتهم تقف عند حدود مساهمتهم في رأس المال، ومن جهة قابلية أسهمهم للتداول.

ومن جهة أخرى يشبه الشركاء المساهمون في شركة التوصية بالأسهم الشركاء الموصين في شركة التوصية البسيطة، من جهة عدم مشاركتهم في إدارة الشركة. هذا ويختلف الشركاء الموصون في شركة التوصية البسيطة بأن حصصهم لا تقبل التداول، أما أسهم الشركاء في شركة التوصية بالأسهم فتقبل التداول[1].

ويتكون اسم شركة التوصية بالأسهم من اسم واحد أو أكثر من الشركاء المتضامنين، ويضاف إلى أسهمها عبارة "شركة توصية بالأسهم" ولا يجوز ذكر اسم الشريك المساهم في عنوان الشركة، على أنه إذا ورد اسم من أسماء الشركاء المتضامنين في عنوان الشركة مع علمه بذلك عُدّ شريكاً متضامناً في مواجهة الغير حسن النية[2].

ثالثاً: تأسيس الشركة

يخضع تأسيس شركة التوصية بالأسهم للأحكام والقواعد التي يخضع لها تأسيس الشركة المساهمة العامة وجاء نص المادة (٨٩) من قانون الشركات ليؤكد تطبيق الأحكام المتعلقة بالشركة المساهمة العامة على شركة التوصية بالأسهم.

وعليه فإن المؤسسين لهذه الشركة يمثلون الفئة الأولى من أصحاب الحصص، وهم الشركاء المتضامنون وعليهم أن يكتتبوا بجزء من أسهم الشركة لا يزيد عن

---

(١) انظر د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق. ص٢٤٢ ويقول: "ويعد الشركاء المساهمون في مركز الشركاء المساهمين في شركة المساهمة من حيث مسؤوليتهم وقابلية أسهمهم للتداول ويشبهون الشركاء الموصين من ناحية الإدارة، فلا يجوز لهم القيام بأعمال الإدارة الخاصة للشركة، ويختلفون عن الشركاء الموصين من ناحية ان حصص هؤلاء الآخرين تكون غير قابلة للتداول كقاعدة عامة".

(٢) انظر تفصيلاً د. علي حسن يونس. المرجع السابق. ص٥٩٧ ويعرف شركة التوصية بالأسهم بأنها: "شركة يتكون راس مالها من حصة او اكثر يملكها شريك متضامن او اكثر واسهم متساوية القيمة يكتتب فيها مساهم او اكثر يمكن تداولها على الوجه المبين في القانون".

ثلث رأس مالها. ومن ثم يتم الإعلان عن الأسهم الباقية للاكتتاب بها من قبل الجمهور وفق أحكام قانون الشركات الباحثة في الشركة المساهمة العامة.

رابعاً: إدارة الشركة

جاء نص المادة (٨١/أ) من قانون الشركات بحكم يتضمن الكيفية التي تدار بها الشركة، وأناط إدارتها بشريك متضامن أو أكثر حسبما يحدده نظام الشركة الذي يبين صلاحيات هذا المدير.

وإذا شغر منصب المدير لأي سبب من الأسباب يعين الشركاء المتضامنون مديراً للشركة من بينهم، وإذا تعذر ذلك يقوم مجلس الرقابة المنصوص عليه بموجب المادة (٨٤) من قانون الشركات بتعيين المدير بصورة مؤقتة للشركة، على أن تتولى الهيئة العامة للشركة انتخاب مدير للشركة من بين الشركاء المتضامنين وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تعيين المدير المؤقت.

خامساً: مجلس الرقابة وصلاحياته

جاء قانون الشركات بحكم فريد من نوعه وورد النص عليه في المادة (٨٤) مؤداه: أن لشركة التوصية بالأسهم مجلساً للرقابة يتكون من ثلاثة أعضاء على الأقل يتولى الشركاء المساهمون انتخابهم من بينهم سنوياً لمدة سنة وفق الإجراءات التي نص عليها نظام الشركة.

وحددت المادة (٨٥) من القانون مهام وصلاحيات هذا المجلس بما يلي:

١- مراقبة سير أعمال الشركة والتحقق من صحة إجراءات تأسيسها والطلب من مدير الشركة أو مديروها تزويده بتقرير شامل عن تلك الأعمال والإجراءات.

٢- الاطلاع على قيود الشركة وسجلاتها وعقودها وجرد أموالها وموجوداتها.

٣- إبداء الرأي في المسائل التي يرى أنها تهم الشركة أو في الأمور التي يعرضها مديرها أو مديروها عليه.

٤- الموافقة على إجراء التصرفات والأعمال التي ينص نظام الشركة على أن تنفيذها أو القيام بها يحتاج إلى موافقته.

٥- دعوة الهيئة العامة للشركة إلى اجتماع غير عادي إذا تبين له أن مخالفات قد ارتكبت في إدارة الشركة ويجب عرضها على الهيئة العامة.

أما واجبات مجلس الرقابة فنصت عليها المادة (٨٦) من قانون الشركات بأن عليه أن يقدم للمساهمين في الشركة في نهاية كل سنة مالية تقريراً عن أعمال الرقابة التي قام بها ونتائجها، ويعرض هذا التقرير على الهيئة العامة للشركة في اجتماعها السنوي العادي وترسل نسخة منه إلى مراقب الشركات.

وهكذا فإن هذا النوع من الشركات يعد من الشركات المختلطة التي تتداخل فيها خصائص أكثر من شركة، ففيها من خصائص شركة التوصية البسيطة وفيها من خصائص الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وفيها من خصائص الشركة المساهمة العامة، وكذلك يطبق على هذه الشركة الأحكام التي تطبق على الشركة المساهمة العامة فيما يتعلق بتصفيتها وانقضائها.

المبحث الثاني
شركة المحاصة

عرفت المادة (٤٩) من قانون الشركات شركة المحاصة بأنها: "شركة تجارية تنعقد بين شخصين أو أكثر، يمارس أعمالها شريك ظاهر يتعامل مع الآخرين بحيث تكون الشركة مقتصرة على العلاقة الخاصة بين الشركاء، على أنه يجوز إثبات الشركة بين الشركاء بجميع طرق الإثبات".

ولم يعترف المشرع لهذه الشركة بالشخصية الاعتبارية، ولم يخضعها لأحكام قانون الشركات من جهة إجراءات التسجيل والتراخيص. غير أنه أقر للشريك الظاهر الذي يمارس العمل التجاري الصفة التجارية ولم يقر هذه الصفة للشريك غير الظاهر.

وتقوم أحكام هذه الشركة على أن أحد الشركاء ـ وهو الشريك الظاهر ـ يمارس أعمال الشريك باسمه الشخصي ولحساب الشركة، وليس لمن تعاقد معه من الآخرين أن يرجع إلى الشركة إلا إذا أقر أحد الشركاء للآخرين بوجود الشركة أو صدر عنه ما يدل للآخرين على وجودها بين الشركاء، عند ذلك يجوز اعتبارها شركة قائمة فعلاً ويصبح الشركاء فيها مسؤولين تجاه الآخرين بالتضامن[1].

ويحدد علاقة الشركاء ببعضهم بعضاً عقد الشركة الذي يبين حقوق الشركاء والالتزامات المترتبة عليهم تجاه الشركة وتجاه بعضهم، بما في ذلك كيفية توزيع الأرباح والخسائر فيما بينهم.

---

(١) انظر د. نادية معوض. المرجع السابق ص٢٠٢ وترى أن شركة المحاصة إحدى أشكال الشركات التجارية وانها من شركات الأشخاص وهي شركة مستترة ولا تتمتع بالشخصية المعنوية. وتنقضي بالطرق التي تنقضي بها شركات الأشخاص.

المبحث الثالث
الشركة المساهمة الخاصة

استحدث المشرع في قانون الشركات نوعاً جديداً من الشركات التجارية أطلق عليه اسم الشركة المساهمة الخاصة، وتم تعريف هذه الشركة وبيان أحكامها بنصوص المواد ٦٥ ـ ٨٩ مكررة والتي أضافها المشرع إلى نصوص القانون، حيث أوردها قبل الحديث عن الأحكام الباحثة في الشركة المساهمة العامة.

وقنن المشرع أحكام هذه الشركة وتحدث عن تأسيسها وأنواع أسهمها وإدارتها، وأشار إلى أن الأحكام القانونية المطبقة على الشركة المساهمة العامة تطبق على الشركة المساهمة الخاصة والمتعلقة بانقضاء الشركة وتصفيتها وتشكيل لجنة لإدارتها عند استقالة رئيس وأعضاء مجلس الإدارة، وفي ما لم يرد بشأنه نص صريح في عقد تأسيس هذه الشركة ونظامها الأساسي والأحكام القانونية الناظمة لها.

كما أحال المشرع إلى الأحكام الواردة في قانون الشركات الباحثة في الرقابة على الشركات والعقوبات والأحكام الختامية باعتبارها تطبق على الشركة المساهمة الخاصة.

ونناقش في هذا المبحث تأسيس هذه الشركة وأنواع أسهمها وإدارتها في البنود التالية:

البند الأول: إجراءات تأسيس الشركة المساهمة الخاصة

نصت المادة (٦٥) مكررة من قانون الشركات على: أن الشركة المساهمة الخاصة تتألف من شخصين أو أكثر، وأن ذمتها المالية مستقلة عن الذمة المالية لكل مساهم، وتسأل عن الديون والالتزامات المترتبة عليها، ولا يسأل المساهمون عن تلك الديون والالتزامات إلا بمقدار مساهمة كل منهم في رأس مال الشركة، وهي شركة غير محددة المدة إلا إذا حدد عقد تأسيسها أو نظامها الأساسي مدتها فعندئذ تنتهي بانتهاء المدة أو العمل الذي حدد لها ويتم تصفيتها، ويكون لهذه الشركة اسم يتناسب مع غاياتها، ويتبع اسمها عبارة: "شركة مساهمة خاصة محدودة". وأجاز المشرع لهذه

الشركة أن تكون باسم شخص طبيعي إذا كانت غايتها استثمار براءة اختراع مسجلة باسم ذلك الشخص[1].

كما أورد المشرع في هذا الخصوص استثناء من القاعدة العامة عندما أجاز لوزير الصناعة والتجارة أن يوافق على تسجيل شركة مساهمة خاصة من شخص واحد وتبقى قائمة ولو أصبح عدد مساهميها شخصاً واحداً.

ويتكون رأس مال هذه الشركة من مجموع القيم الاسمية لأسهم الشركة بحيث لا يقل عن خمسين ألف دينار، ويجوز لمساهمي الشركة، أن يساهموا بمقدمات عينية يوافق عليها المؤسسون أو الهيئة العامة للشركة وتعد من المقدمات العينية حقوق الامتياز والاختراع والمعرفة الفنية والرخص وجميع الحقوق المعنوية.

ويلتزم المساهمون بالمقدمات العينية بنقل ملكيتها إلى الشركة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تسجيل الشركة وإلا كانوا ملزمين بدفع قيمتها نقداً وفق السعر الذي تم اعتماده. على أنه يجوز لمراقب الشركات من تلقاء نفسه أو إذا اعترض أي من المساهمين على قبول تلك المقدمات أن ينسب إلى وزير الصناعة والتجارة تشكيل لجنة تقدر قيمة الأسهم العينية بالنقد ويعد قرار اللجنة نهائياً بعد موافقة وزير الصناعة والتجارة عليه.

وبخصوص تأسيس هذه الشركة ورد حكم نص المادة ٦٧ مكررة من قانون الشركات يبين الإجراءات الواجب القيام بها من قبل المؤسسين والقائمة على أساس تقديم طلب تأسيس هذه الشركة مرفقاً به عقد تأسيسها ونظامها الأساسي وبيان بأسماء المؤسسين، ويجب أن يكون عقد التأسيس والنظام الأساسي مكتوبين باللغة العربية ولا مانع أن يرافقهما ترجمة بلغة أخرى، على أنه إذا تعارض أو اختلف النصان فيعتمد النص العربي.

ويتضمن عقد تأسيس الشركة البيانات التالية:

١- اسم الشركة.

---

(١) انظر نص المادة ٦٥ مكررة من قانون الشركات وورد على النحو التالي: "تتألف الشركة المساهمة الخاصة من شخصين او اكثر ويجوز للوزير بناء على تسبيب مبرر من المراقب الموافقة على تسجيل شركة مساهمة خاصة مؤلفة من شخص واحد 'ؤ ان يصبح عدد مساهميها شخصاً واحداً".

٢- مركزها الرئيس وعنوانها المعتمد للتبليغ.
٣- غايات الشركة.
٤- أسماء مؤسسي الشركة وجنسياتهم وعناويناتهم المختارة للتبليغ وعدد الأسهم المملوكة من قبل كل مؤسس منهم عند التأسيس.
٥- رأس مال الشركة المصرح به وعدد الأسهم المصرح بها وأنواعها وفئاتها وقيمتها الاسمية.
٦- طريقة إدارة الشركة وعدد أعضاء مجلس الإدارة وصلاحياته.
٧- أسماء الأشخاص الذين يتولون دعوة الهيئة العامة التأسيسية للانعقاد وإدارة الشركة لحين انتخاب مجلس الإدارة الأول.

ويتضمن النظام الأساسي للشركة البيانات التالية:

١- اسم الشركة.
٢- مركز الشركة وعنوانها المعتمد للتبليغ.
٣- غايات الشركة.
٤- أسماء مؤسسي الشركة وجنسياتهم وعناويناتهم المختارة للتبليغ وعدد الأسهم المملوكة من قبل كل منهم عند التأسيس.
٥- رأس مال الشركة المصرح به وعدد الأسهم المصرح بها وأنواعها وقيمتها الاسمية وحقوقها وصفاتها وميزاتها.
٦- الشروط العامة لنقل ملكية أسهم الشركة والإجراءات الواجب اتباعها في ذلك.
٧- طريقة إدارة الشركة وعدد أعضاء مجلس الإدارة وصلاحياته، وأسس اتخاذ القرارات فيه.
٨- إجراءات وقواعد اجتماعات الهيئة العامة للمساهمين العادية وغير العادية ونصابها القانوني وأصول الدعوة لها وصلاحياتها وطريقة اتخاذ القرارات فيها وجميع الأمور المتعلقة بها.
٩- إجراءات وقواعد تصفية الشركة.

١٠- أسماء الأشخاص الذين يتولون دعوة الهيئة التأسيسية للانعقاد وإدارة الشركة لحين انتخاب مجلس الإدارة الأول وطريقة الدعوة لانتخابه.

١١- بيان ما إذا كان المساهمون وحاملوا الأوراق المالية الصادرة عن الشركة لهم حق الأولوية في إصدارات جديدة.

هذا ويدقق مراقب الشركات طلب تسجيل الشركة المقدم له وعقد التأسيس والنظام الأساسي، ويوافق عليه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تقديم الطلب والتوقيع عليه من قبل مؤسسي الشركة، ويرفض الطلب إذا وجد أن في عقد التأسيس أو النظام الأساسي ما يخالف القوانين والأنظمة المعمول بها في المملكة. وللمساهمين الاعتراض على قرار الرفض وتقديمه إلى وزير الصناعة والتجارة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تبليغهم، وإذا رفض الاعتراض فللمعترضين الطعن في قرار وزير الصناعة والتجارة إلى محكمة العدل العليا.

وفي حالة الموافقة على تسجيل الشركة سواء صدرت هذه الموافقة من مراقب الشركات أو وزير الصناعة والتجارة أو محكمة العدل العليا يتم تسجيل الشركة بعد دفع الرسوم القانونية، وتوجه الدعوة إلى الهيئة العامة التي تشكل مجموع المساهمين إلى اجتماع يتم فيه انتخاب مجلس الإدارة الأول.

وتوجه الدعوة من قبل الأشخاص المحددة أسماؤهم في عقد التأسيس والنظام الأساسي وهم الذين يتولون إدارة الشركة بعد تسجيلها إلى حين انتخاب مجلس الإدارة الأول.

البند الثاني: الأوراق التي تصدرها الشركة المساهمة الخاصة

أعطى المشرع للشركة المساهمة الخاصة حق إصدار الأسهم وسندات القرض وأية أوراق مالية أخرى، وأجاز لها أن تقرر إدراج هذه الأوراق في سوق البورصة وتداولها.

وجدير بالذكر أن الأسهم التي رخص المشرع للشركة إصدارها متنوعة وتختلف بصورة جذرية عن تلك التي تصدرها الشركة المساهمة العامة، ونصت المادة (٨١) مكررة من قانون الشركات، على أنه: يجوز للشركة بقرار من مجلس إدارتها إصدار أي أسهم مصرح بإصدارها في عقد تأسيسها ونظامها الأساسي وهذه الأسهم تصدر بأي سعر سواء أكان مساوياً للقيمة الاسمية أم أعلى أم أقل وسواء أكان نقداً أم عيناً

أم عن طريق تمويل أسناد القرض القابلة للتحويل إلى أسهم. أم طرح أسهم لموظفي الشركة أم صندوق ادخار الموظفين أم أي طريقة أخرى، ويكون للمساهمين أولوية شراء هذه الأسهم ما لم ينص نظام الشركة على خلاف ذلك، كما أجاز المشرع للشركة إصدار عدة أنواع وفئات من الأسهم تختلف فيما بينها:

١- من حيث القيمة الاسمية.
٢- من حيث القوة التصويتية.
٣- من حيث كيفية توزيع الأرباح والخسائر.
٤- من حيث الحقوق والأولويات عند التغطية.
٥- من حيث قابليتها للتحويل لأنواع أخرى من الأسهم.

وللشركة أن تصدر أسهماً قابلة للاسترداد بطلب من الشركة أو بطلب من المساهم، أو عند توفر شروط معينة، وأسهماً تقبل التحويل أو الاستبدال بنوع أو فئة من الأسهم الأخرى، وخيارات أسهم تسمح لحامليها شراء أو طلب إصدار أسهم من الشركة بحيث يتم تحديد الشروط والخيارات وتواريخ تنفيذها وأسعار تنفيذها في النظام الأساسي أو بقرار من مجلس الإدارة إذا فوضته الهيئة العامة غير العادية بذلك.

كما أجاز المشرع للشركة شراء الأسهم التي سبق وأصدرتها، ولها الحق في إعادة إصدارها وبيعها أو إلغائها وتخفيف رأس مالها، وعلى ذلك فإن الأسهم التي تصدرها الشركة المساهمة الخاصة تتنوع وتختلف حسب ما ورد النص عليها في قانون الشركات، ويمكن تحديد هذه الأنواع في ضوء الخصائص التالية:

١- تصدر الأسهم بأنواع مختلفة.
٢- تصدر الأسهم بفئات مختلفة.
٣- تصدر الأسهم بقوة تصويتية مختلفة.
٤- تصدر الأسهم بقيم اسمية مختلفة.
٥- تصدر الأسهم بأفضلية في توزيع الأرباح وتحمل الخسائر.
٦- تصدر الأسهم قابلة للتحويل إلى أنواع أخرى.
٧- تصدر الأسهم قابلة للاسترداد.

٨- تصدر خيارات أسهم تسمح لحامليها شراء أو طلب إصدار أسهم من الشركة.

البند الثالث: إدارة الشركة المساهمة الخاصة

تمارس الشركة عملها بوساطة الهيئة العامة المشكلة من كل المساهمين فيها وبوساطة مجلس إدارة ومدقق حسابات، ونناقش فيما يلي ما يتعلق بالهيئة العامة ومجلس الإدارة، ونحيل ما يتعلق بمدقق الحسابات إلى ما كتب بشأنه عند الحديث عن الشركة المساهمة العامة في الفصل الرابع من هذا الباب.

أولاً: الهيئة العامة للشركة المساهمة الخاصة

تتألف الهيئة العامة من جميع مساهمي الشركة الذين يحق لهم التصويت حسب النظام الأساسي وتجتمع هذه الهيئة لأول مرة بعد الموافقة على تسجيل الشركة لغايات:

أ- انتخاب مجلس الإدارة الأول.

ب- اتخاذ القرار المناسب بشأن مصاريف التأسيس.

ج- انتخاب مدقق حسابات وتحديد أتعابه.

وتدعى كذلك لاجتماع عادي أو أكثر أو لاجتماع غير عادي أو أكثر وفق ما ينص عليه النظام الأساسي، ويعرض على الهيئة العامة العادية مناقشة الأمور الواردة في المادة (٧٦) مكررة من قانون الشركات، في حين يعرض على الهيئة العامة الأمور الواردة في المادة (٧٧) مكررة من ذات القانون.

وبخصوص الهيئة العامة العادية تدعى للانعقاد مرة واحدة على الأقل خلال الأشهر الأربعة الأولى التالية لنهاية السنة المالية للشركة لمناقشة الأمور التالية واتخاذ القرارات المناسبة بشأنها:

١- تقرير مجلس الإدارة عن أعمال الشركة وأوجه نشاطها ووضعها المالي خلال السنة المالية السابقة والخطة المستقبلية للشركة.

٢- ميزانية الشركة وحساب أرباحها وخسائرها وتدفقاتها النقدية والمصادقة عليها بعد تقديم مدققي الحسابات تقريرهم ومناقشته.

٣- انتخاب مجلس إدارة الشركة حسب مقتضى الحال.

٤- انتخاب مدقق حسابات الشركة وتحديد أتعابه.

٥- أي أمور أخرى تتعلق بالشركة تعرض على الهيئة العامة لمناقشتها على ألا تكون من اختصاص الهيئة العامة غير العادية.

أما الهيئة العامة غير العادية فتدعى لمناقشة الأمور التالية واتخاذ القرار المناسب، على ألا يناقش في اجتماعها إلا ما كان مدرجاً في الدعوة الموجهة للهيئة العامة للاجتماع، وهذه الأمور هي:

١- تعديل عقد تأسيس الشركة أو نظامها الأساسي على أن ترفق التعديلات المقترحة بالدعوة.

٢- تخفيض أو زيادة رأس مال الشركة وفق القواعد الواردة بنص المادة (٨٢) من قانون الشركات.

٣- دمج الشركة واندماجها.

٤- تصفية الشركة وفسخها.

٥- إقالة مجلس إدارة الشركة أو أحد أعضائه ما لم يكن العضو معيناً من قبل فئة أو نوع من الأسهم فتتم إقالته في هذه الحالة وفق ما نص عليه النظام الأساسي.

٦- بيع كامل موجودات الشركة أو تملك ما يزيد على (٥٠٪) من رأسمال شركة أخرى.

٧- أي أمر يدخل ضمن اختصاص الهيئة العامة غير العادية نص عليه القانون أو النظام الأساسي صراحة أو دلالة.

٨- إصدار أسناد قرض قابلة للتحويل إلى أسهم.

كما تختص الهيئة العامة غير العادية بمناقشة أي أمر من الأمور التي تقع ضمن صلاحية الهيئة العامة العادية للشركة.

ثانياً: اجتماعات الهيئة العامة

تتم دعوة الهيئة العامة إلى اجتماع يتم تبليغ موعده ومكانه إلى المساهمين برسالة ترسل لكل منهم بالبريد المسجل قبل خمسة عشر يوماً من التاريخ المحدد كموعد

للاجتماع، ويعد المساهم مبلغاً خلال مدة لا تزيد على ستة أيام من إيداع الدعوة في البريد المسجل، ويمكن تسليم الدعوة إلى المساهم باليد مقابل التوقيع، ولا يدعى مراقب الشركات إلى اجتماعات الهيئة العامة سواء أكانت عادية أم غير عادية، ومن حقه حضور الاجتماعات بناء على طلب مجلس الإدارة أو بناء على طلب خطي من مساهمين يحملون ما لا يقل عن ٥٪ من الأسهم المكونة لرأس المال.

هذا وتعقد اجتماعات الهيئة العامة بدعوة من مجلس الإدارة أو بناء على طلب عدد من مساهمين يملكون أسهماً يحق لها التصويت في اجتماعات الهيئة العامة تشكل ٢٥٪ على الأقل من مجموع الأصوات التي يحق لها حضور الاجتماع، أو بناء على طلب من مراقب الشركات إذا طلب منه أن يدعو إلى اجتماع من قبل أحد أعضاء مجلس الإدارة أو مدقق الحسابات أو مساهمين يملكون أسهماً يحق لها التصويت في اجتماعات الهيئة العامة تشكل ١٥٪ على الأقل من مجموع الأصوات التي يحق لها حضور الاجتماع.

ويكون نصاب الاجتماع العادي قانونياً بحضور مساهمين يحملون أسهماً يزيد عدد أصواتها على نصف عدد الأصوات التي يحق لها اتخاذ قرار في اجتماع الهيئة العامة وإذا لم يتوافر هذا النصاب خلال ساعة من الوقت المحدد للاجتماع فيؤجل الاجتماع إلى موعد آخر يعقد خلال خمسة عشر يوماً من التاريخ المحدد للاجتماع الأول، ويعاد تبليغ المساهمين الذين لم يحضروا ويكون النصاب في الاجتماع الثاني قانونياً بحضور مساهمين يحملون أسهماً يحق لها التصويت مهما بلغ عددها.

هذا ويكون نصاب الاجتماع غير العادي قانونياً بحضور مساهمين يحملون أسهماً يزيد عدد أصواتها على ٧٥٪ أو أكثر من عدد الأصوات التي يحق لها اتخاذ قرار في اجتماع الهيئة العامة، وإذا لم يتوفر هذا النصاب خلال ساعة من الوقت المحدد للاجتماع فيؤجل الاجتماع إلى موعد آخر يعقد خلال خمسة عشر يوماً من التاريخ المحدد للاجتماع الأول، ويعاد تبليغ المساهمين الذين لم يحضروا ويكون النصاب في

الاجتماع الثاني قانونياً بحضور ٥٠٪ أو أكثر يحملون أسهماً يحق لها التصويت، وإذا لم يتوفر هذا النصاب يلغى الاجتماع مهما كانت أسباب الدعوة إليه.

على أنه إذا لم تتمكن الهيئة العامة باجتماعها العادي أو غير العادي من اتخاذ القرار المناسب بشأن الأمر الذي تم دعوتها لمناقشته في اجتماعين متتاليين فيعطيها المراقب مهلة لمدة شهر لاتخاذ القرار المناسب، وفي حال عدم صدور القرار تحال الشركة إلى المحكمة لاتخاذ الإجراء القانوني ضدها بما في ذلك تصفية الشركة.

وتتخذ الهيئة العامة العادية قراراتها بأغلبية الأصوات الحاضرة للاجتماع والتي يحق لها التصويت، أما الهيئة العامة غير العادية فتتخذ قراراتها بأكثرية ٧٥٪ من الأصوات الحاضرة والتي يحق لها التصويت على أي بند من بنود جدول الأعمال[1].

البند الرابع: تخفيض رأس مال الشركة

لا تختلف أسباب تخفيض رأس مال الشركة المساهمة الخاصة عن تلك الواردة في الأحكام الباحثة في الشركة المساهمة العامة والمتضمنة زيادة رأس مال الشركة عن حاجتها أو حدوث خسائر لها يبرر تخفيض رأس المال، وتتخذ إجراءات تخفيض رأس المال بصدور قرار من الهيئة العامة غير العادية للشركة، وينشر مراقب الشركات إعلاناً في صحيفة يومية واحدة لثلاث مرات متتالية، ويتضمن الإعلان حق دائني الشركة بالاعتراض خطياً لدى مراقب الشركات على قرار تخفيض رأس المال خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نشر آخر إعلان، وللدائن حق الطعن في قرارات تخفيض رأس مال الشركة لدى محكمة البداية إذا لم يتمكن مراقب الشركات من تسوية أسباب اعتراضه، ولا يوقف الطعن بالقرار إجراءات التخفيض إلا إذا قررت المحكمة ذلك.

---

(١) انظر نص المادة (٨٠) فقرة ج مكرر حيث جاء بحكم جديد بالمناقشة مفاده: "لا يجوز تعديل اي حقوق او مزايا ممنوحة بموجب عقد التأسيس والنظام الأساسي للشركة المساهمة الخاصة لأي من حملة نوع أو فئة من الأسهم إلا بموافقة حملة هذه الأسهم في اجتماع غير عادي يعقد لتلك الغاية يحضره ما لا يقل عن ٧٥٪ من حملة ذلك النوع أو الفئة من الأسهم.

وللشركة تخفيض رأس مالها غير المكتتب به ولها حق إلغاء الأسهم غير المكتتب بها إذا قامت بإعادة شرائها أو استردادها، على أنه يجري تخفيض رأس المال بما يعادل قيمة الأسهم المستردة أو المعاد شراؤها دون حاجة له، وللشركة تخفيض رأس مالها وإعادة زيادته إذا كان هناك هدف يقوم على أساس إعادة هيكلة رأس المال.

البند الخامس: تحويل الأسهم والتنازل عنها ورهنها والحجز عليها

تقبل أسهم الشركة المساهمة الخاصة التداول في سوق البورصة، إذا نص نظام الشركة على ذلك، وبهذه الحالة يتم تداول هذه الأسهم وفق الأحكام القانونية التي تحكم تداول الأوراق المالية في سوق البورصة بمقتضى قانون الأوراق المالية.

ومع ذلك يجوز أن يتنازل حاملوا الأسهم عن أسهمهم وتحويلها للآخرين بموجب سند تحويل يتضمن عنوان المحال له المختار للتبليغ على أن يتم توقيع السند أمام مراقب الشركات أو الكاتب العدل أو أحد المحامين المجازين في المملكة، وبعد ذلك يتم توثيق السند لدى مراقب الشركات والإعلان عنه ودفع الرسوم المقررة لذلك، ولا يحتج بهذا التحويل من قبل الشركة أو المساهمين أو الآخرين ما لم يتم قيده وتوثيقه، ولا يتوقف تنازل المساهم عن أسهمه على موافقة الشركة أو المساهمين أو مجلس الإدارة إلا إذا ورد نص بنظام الشركة على خلاف ذلك.

ولما كانت أسهم الشركة تمثل قيماً مالية فإنه يمكن رهنها أو حجزها قضائياً، ويقيد أي رهن أو حجز قضائي على الأسهم لدى مراقب الشركات، ولا يجوز تحويل السهم المرهون أو التنازل عنه أو الحجز عليه إلا بموافقة الراهن أو الجهة التي أوقعت الحجز.

أما أرباح الأسهم فتدفع لمالكها ما لم يتضمن سند الرهن أو قرار الحجز خلاف ذلك.

أما ما يتعلق بتأسيس الشركة وتسجيلها ورأس مالها وأسهمها والاكتتاب بهذه الأسهم وزيادة رأس المال أو تخفيضه وسندات القرض وإدارة الشركة والهيئة العامة للشركة وصلاحياتها وحساباتها وتوزيع الأرباح والخسائر والاحتياطي ومدققو

الحسابات، فأحالها المشرع إلى الأحكام الباحثة في الشركة المساهمة العامة، كما أحال المشرع إلى أحكام قانون الشركات الباحثة في الشركات المساهمة العامة ما يتعلق بانقضاء الشركة المساهمة الخاصة وتصفيتها إذا لم يحدد نظام الشركة قواعد وإجراءات أخرى[1].

(1) انظر تفصيلاً د. محمود سمير الشرقاوي. المرجع السابق ص٢٤٢.د. مصطفى كمال طه . المرجع السابق ص٤٢٢. د. نادية معوض . المرجع السابق ص٤٦١. د. سميحه القليوبي. المرجع السابق. ص١٧٦ . د. علي حسن يونس. المرجع السابق ص٥٩٧.

الباب الرابع

المعاملات الإلكترونية والتشريعات المنظمة لها

الباب الرابع
المعاملات الإلكترونية والتشريعات المنظمة لها

تمهيـــد:

عندما أصبح من الضروري وضع قواعد قانونية تساعد رجال الأعمال على إدارة التجارة وتنظيمها، باشر المشرعون من بلدان تتباين فيها النظم القانونية بوضع القوانين الناظمة لمجمل التغيرات التقنية والتطورات التي حدثت على وسائل الاتصال، وأصبح من المحتم في عالم تتسارع فيه هذه التغيرات إجراء مراجعة للقواعد التي تنظم التجارة بما يتماشى مع القواعد التقنية الحديثة التي تنفذ بها المعاملات التجارية وغير التجارية بوسائل إلكترونية[1].

وانه بعد أن مارست الشركات والمؤسسات الاقتصادية معاملاتها إلكترونياً، تنبه المشرع في بلدان مختلفة من العالم إلى ضرورة وضع التنظيم القانوني لهذه المعاملات، ومن جهته تنبه المشرع الأردني إلى هذا الأمر وبادر إلى وضع التشريع اللازم لتنظيم هذه المعاملات قانونياً، وكان أول حديث للمشرع في هذا الموضوع بقانون الأوراق المالية الصادر عام ١٩٩٧ حيث نصت المادة (٧٢) على أنه يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة التلكس والفاكسميلي.

وتلا ذلك قانون البنوك عام ٢٠٠٠ حيث نصت المادة (٩٢) منه على أنه: يجوز وضع نظام إلكتروني، ويجوز الإثبات بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية، ثم قانون البينات المعدل لعام ٢٠٠١، وأخيراً صدر قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ الذي نظم المعاملات التي يتم إجراؤها بوسائل إلكترونية.

---

(١) جان شارل روبر - امين عام غرفة التجارة الدولية. تمهيد النشرة رقم ٥٠٠ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية المتعلقة بالأصول والأعراف للاعتمادات المستندية.

أما أساس اهتمام المشرع بتنظيم هذه المعاملات تشريعياً فمرده إلى قناعة المتعاملين بهذا النوع من المعاملات بأنها باتت ضرورية لما تحققه لهم من السرعة في التنفيذ.

ولأن المشرع اقتنع بأنها لا تختلف عن المعاملات التي يتم تنفيذها بوسائل تقليدية من جهة أن نسبة الخطأ في كليهما تكاد تكون واحدة، ومن جهة أن الثقة في المعاملات الإلكترونية ازدادت بعد أن تداولها الكثيرون رغم اعتمادها بالاتفاق. لذلك نظمها بأحكام قانونية في بلدان كثيرة لتمثل أهمية كبيرة في العمل، وتوفر نفقات مالية وتذلل صعوبات مالية وإدارية، وتتمثل الصعوبات المالية بكمية الورق الهائلة التي تستخدم في إجراء المعاملات بالوسائل التقليدية، وما يترتب على ذلك من تكلفة، كما تتمثل الصعوبات الإدارية بالعدد الهائل من الموظفين الواجب توفرهم في البنوك والمؤسسات المالية والتجارية وما يهدرونه من وقت في سبيل تسوية المعاملات المتعلقة باتفاقاتهم مع المتعاملين معهم أو بتسوية أوضاع هؤلاء المتعاملين مع غيرهم.

وعليه فإن من مبررات الاعتراف للمعاملات الإلكترونية بحجيتها القانونية، هو تداولها على نطاق واسع في العالم، وكذلك الحد من النفقات الكبيرة في استخدام الورق الذي تعتمده الدوائر المالية والإدارية في معاملاتها، بالإضافة إلى القناعة بضرورة الاستفادة من التعامل الإلكتروني الحديث للمصارف عن طريق استخدام الحاسب الآلي للمعاملات والحاسب الآلي للمقاصة الإلكترونية المنفذ في البنوك المركزية الذي دخل حيز التنفيذ في العالم عام ١٩٦٩، حيث كان بنك فرنسا قد طبق هذا النظام الإلكتروني عام ١٩٦٩ عندما مارس التعامل بالوسائل الإلكترونية في معاملاته المالية، كما تم تطبيق نظام الكمبيالة الإلكترونية واستخدامها كوسيلة لتحصيل الديون، وجرى تداولها عام ١٩٧٣ كثمرة لجهود لجنة جيليه (Gilet) الباحثة في تخفيض نفقات الائتمان قصير الأجل[1]، بحيث أصبحت الأوراق التجارية تسمح للدائنين بإدارة

---

(١) انظر د. محمد بهجت قايد، الأوراق التجارية الإلكترونية ط٢٠٠١. ص٧ ويقول: "وقد قيل: إن الكمبيالة الإلكترونية رغم مثالبها يمكن ان تكون بديلاً عن الكمبيالة العادية، وإن كان يؤخذ على الكمبيالة الإلكترونية انها مجرد علاج يكتفي بتخفيض المعاناة دون ان يستأصل المرض".

حساباتهم وحسابات عملائهم بكلفة قليلة على نحو تم فيه إلغاء العمل المتراكم الراجع إلى إجراء التسوية التي تتم لحساب كل عميل على حده.

هـذا وسـيكون حـديثنا عـن المعـاملات الإلكترونيـة في فـصلين: نخـصص الأول للتعريف بهذه المعاملات وماهيتها، ونخصص الثاني لبيان الأحكام القانونية التي تطبق على المعاملات الإلكترونية.

الفصل الأول
المعامـلات الإلكترونيـة

تنامى الحديث وكثر النقاش حول النظام العالمي الجديد، والنظام الاقتصادي الجديد، والعولمة، والدول الصناعية، والدول المتقدمة، والدول النامية، والشركات متعددة الجنسية ودول الـ ٧٧، وغير ذلك من المصطلحات السياسية والاقتصادية والتجارية كالعولمة وتحرير التجارة/الجات، وإطلاق المبادئ كتلك التي نادى بها الصناعيون والاقتصاديون والتجار في أوائل القرن السابع عشر (دعه يعمل، دعه يمر)[1].

وظهرت المبتكرات الحديثة في نهاية القرن الماضي والتي وقف الكثيرون مبهورين أمامها، في حين تكيّف معها الآخرون بحيث حرصوا على تطويعها والاستفادة من وجودها بما لا يخل بالنسيج الاجتماعي والسياسي والاقتصادي.

وتمثل المعاملات الإلكترونية تلك التي تنفذ بوسائل إلكترونية والتي سنقف عند تعريفها وهدف تنظيمها بالقانون ونطاق هذا القانون وسبل التعاقد بوسائل تكنولوجية وحجية هذه الوسائل في الإثبات.

---

(١) انظر د. عبد الواحد العفوري. العولمة والجات. ط٢٠٠٠. ص١٢.

المبحث الأول
التعريف بالمعاملات الإلكترونية

عرفت المادة (١) من القانون رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ المعاملات الإلكترونية بأنها: المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية، وأوضحت بأن مصطلح إلكتروني يعني تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها.

وعليه تعد البيانات والنصوص والصور والأشكال والأصوات والرموز وقواعد البيانات وبرامج الحاسوب من المعلومات التي يمكن تبادلها إلكترونياً، بحيث ترسل هذه المعلومات عندما يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بالوسائل الإلكترونية أو ما شابه تلك الوسائل، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي (الفاكسميلي).

البند الأول: مكونات المعاملات الإلكترونية

تشمل المعاملات الإلكترونية القيود المدونة إلكترونياً في سجلات بورصة عمان/ سوق الأوراق المالية، وفق ما نصت عليه أحكام قانون الأوراق المالية، حيث أراد المشرع أن يشير إلى أن سجلات بورصة عمان يمكن أن يتم التدوين بها يدوياً أو إلكترونياً، وأنه أياً كانت طريقة التدوين، فإنها طريقة صحيحة وقانونية، وأكد المشرع ذلك عندما ضمن النص أن أي وثائق تصدر عن بورصة عمان وتكون مستمدة من سجلاتها تعد دليلاً قانونياً على تداول الأوراق المالية حتى يثبت عكس ذلك.

وكذلك فإن من مشتملات المعاملات الإلكترونية معاملات تحويل الأموال بنظام إلكتروني يضعه البنك المركزي بالتنسيق مع البنوك التجارية، وكذلك البيانات الإلكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات أجهزة الحاسوب التي تدون إلكترونياً في سجلات البنوك التجارية، وأيضاً الصور المصغرة "ميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة" وتلك المعاملات التي تتم بوساطة البطاقات الإلكترونية (بطاقات الائتمان وبطاقات الوفاء) والتي يتم التعرف على البيانات المدونة

على سطحها، بما في ذلك وسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني أو مخرجات الحاسوب، وتعد هذه الوسائل مما ينفذ بوساطته المعاملات الإلكترونية التي نظمها المشرع بقانون البينات المعدل رقم ١٦ لسنة ٢٠٠٥.

وهكذا فإن ما أطلق عليه المعاملات الإلكترونية هو المجال الذي تم تطبيق القانون رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ فيه، بما يعني أن نطاق تطبيق هذا القانون قد ورد تحديده في المادة (١) منه والتي تضمنت أنه تلك المعاملات الإلكترونية المشتملة على المعلومات والتي يتم تبادل بياناتها إلكترونياً على شكل رسائل لتلك المعلومات، وتقيد في سجل إلكتروني لتعد أداة إثبات عقد يعرف بأنه عقد إلكتروني بعد ان تكون الرسالة قد تم توقيعها إلكترونياً، وجاءت معالجة تلك المعلومات بوساطة نظام إلكتروني يستخدم لإرسالها أو تسلمها من مرسلها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه، وهذه المعلومات الواردة ضمن الرسالة في عملية تبادل البيانات يطلق عليها المعاملات الإلكترونية والتي عناها المشرع بأحكام وردت في القانون رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ "قانون المعاملات الإلكترونية".

البند الثاني: التعاقد إلكترونياً

يقوم العقد على إرادة أطرافه وتراضيهما بما يعني أن إرادات الأطراف تتجه قبل إبرام العقد إلى إحداث أثر قانوني، ويعبر الشخص عن إرادته بالطريقة التي يراها مناسبة بشرط أن يكون لها دلالة يفهم منها قصده.

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمنياً بالقول المباشر أو بوساطة الهاتف أو بشريط مسجل، ويكون هذا التعبير بالكتابة بأشكالها المتنوعة اليدوية والآلية وكذلك الإلكترونية الرسمية والعادية، وأيضاً بالإشارة المعهودة للأخرس وكذلك بهز الرأس الدال على الموافقة[1].

(١) انظر نص المادة (٩٣) من القانون المدني وورد بأن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي، وباتخاذ اي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي"، وراجع د. انور سلطان. مصادر الالتزام. ص٤٦، د. عباس العبودي. التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ط١٩٧١ ص٦٠.

وينبرم العقد بالتقاء تصرفين قانونيين صادرين عن إرادتين حرتين تتمتع كل منهما بخصائص أنها حرة واعية غير معيبة، ويكون التعبير عن الإرادة بالقول أو الكتابة أو الإشارة حسب ما هو متعارف عليه، هذا ونأتي على تعريف العقد والنظام القانوني للعقد وآثاره بإيجاز في الفقرات التالية.

أولاً: القواعد العامة في العلاقات التعاقدية

يعد العقد أحد مصادر الالتزام، والالتزام واجب قانوني خاص على من يتحمله أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل أو يؤدي مبلغا من النقود.

وعليه يعد الالتزام من آثار العقد ويعد العقد مصدرا للالتزام، بما يعني أن الإرادة تتجه إلى إحداث أثر قانوني معين عندما يقوم صاحبها بطرح فكرة التعاقد مع شخص آخر، فتتجه إرادة الأخير إلى الموافقة على فكرة الأول، فتلتقي الإرادتان فينعقد العقد، وينشأ عنه الالتزامات التي تمثل الآثار القانونية وفق إرادة طرفي العقد على نحو يتحمل فيه كل طرف ما اتجهت إرادته إلى تحقيقه، والأصل أن يبتعد المشرع عن تعريف المصطلحات القانونية والعناوين فيها تاركا للفقه مهمة كهذه، ولم يعرف الكثير من القوانين العقد إلا أن المشرع الأردني نحا عكس ذلك **وعرف العقد** بأنه:

"ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويرتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

وهذا التعريف مستمد من الفقه الإسلامي الذي عرف العقد بأنه: ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون، ومهما كان التعريف للعقد وسواء سكت المشرع عن توضيحه أو قام بذكر خصائصه فإن العقد يقوم على أمرين:

الأول: توافق إرادتين على نحو يرتبط فيه الإيجاب بالقبول.

الثاني: إحداث أثر قانوني يتحقق بالجبر والإلزام بحيث ينطوي على الجزاء لعدم تنفيذه وهو تدخل السلطة العامة بالقوة عند الضرورة.

وتتحقق توافق الإرادتين وارتباط الإيجاب والقبول عندما يصدر عن صاحب الإرادة تصرف موجه إلى شخص آخر يعرض عليه فكرة التعاقد حتى إذا قبلها الآخر يكون قد أدى بدوره تصرفا من جانبه فينعقد العقد عندما يكون التصرفان قانونيين.

ويكون التصرف قانونياً عندما يصدر عن إرادة حرة واعية غير معيبة اتجهت إلى إحداث أثر قانوني، بحيث أظهرت أن صاحبها يريد تحقيق هذا الأثر، وتكون الإرادة حرة واعية غير معيبة إذا كان صاحبها يتمتع بأهلية الأداء التي تمكنه من تحمل الالتزامات بمقتضى الإرادة التي لا يشوبها عارض من عوارض الأهلية ولا عيب من عيوب الرضا. وعوارض الأهلية التي تجعل الشخص لا يستطيع إبرام العقد هي السن عندما لا يكون قد بلغ سن الرشد والجنون والعته والسفه والغفلة والعاهة المزدوجة.

أما عيوب الرضا فهي تلك التي تشوب رضا المتعاقد على نحو يكون العقد فيه باطلا أو قابلا للبطلان، وهذه العيوب هي:

١- الغلط الذي يقع فيه المتعاقد ويؤثر في رضاه أو يعدم هذا الرضا سواء أكان الغلط في الواقع أم الغلط في القانون.

٢- الإكراه الذي يجبر بموجبه الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه ويكون ماديا أو معنويا ملجئا وغير قانوني.

٣- التغرير الذي يقع فيه أحد المتعاقدين نتيجة وسائل احتيالية قام بها الآخر ونتج عنه غبن.

ثانياً: النظام القانوني للعلاقات التعاقدية

العقد بحد ذاته نظام، وهو نظام فذ يلعب دورا رئيساً في حياة الناس لأنه النظام الأكثر شيوعا، ومجال العقد ونطاقه لا يقف عند المال بصفته يمثل مصدر نشأة الحقوق والالتزامات العينية والشخصية والمعنوية، بل يتعدى ذلك إلى نطاق أعم واشمل ومجال أرحب وأوسع، عندما نراه يتجاوز حدود المال إلى مظاهر الحياة الأخرى ليكون سبيلا إلى إنشاء الروابط فيما بين الرجل والمرأة في الزواج وإنشاء العلاقات فيما بين الدول بعضها مع بعضها الآخر.

ونعني بالنظام القانوني للعقد الدور الذي يلعبه فيما بين أطرافه كونه المصدر الرئيس لالتزاماتهم التي جاءت تنظمها الأحكام التي تضمنها القانون والتي ترسي الأسس العامة المشتركة التي تسري على العقود المالية سواء أكانت مدنية أم تجارية مسماة أم غير مسماة.

ونظام العقد لا يقف عند كونه مصدرا للالتزام، ولا يقنع بدور كهذا رغم الشأن العظيم له، بل هو إلى جانب ذلك يعد وسيلة لتعديل الالتزام الذي أنشأه ووسيلة لنقله فيما بين أطراف العقد سواء أكان النقل إيجابيا من الدائن الأصلي إلى دائن آخر "حوالة الحق" أم سلبياً من المدين الأصلي إلى مدين آخر يتحمل الالتزام مكانه "حوالة الدين"، كما قد يتخذ العقد سبيلا لإنهاء التزام قائم كما هو الحال في وفاء الالتزام.

أما بخصوص العقد كونه يمثل إحدى مفردات النظام القانوني فيتمثل في علاقات الأطراف التي تحكمها القواعد كما وردت في قسم القانون الخاص.

وبخصوص أركان العقد عرفت المادة (٨٧) من القانون المدني العقد بأنه: ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقه على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويرتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر.

ويعني هذا التعريف أن الرضا هو الركن الأول في العقد وهذا الركن ينشأ عنه التزام، وهذا الالتزام يقوم على ركنين هما: المحل والسبب، ومع ذلك نرى أن التنظيم القانوني للعقد حدد أركانه بثلاثة الرضا والمحل والسبب.

والركن الأول في العقد هو الرضا والأهلية ويصدر الرضا عن المتعاقدين أنفسهم على نحو يثبت أثر هذا الرضا في المعقود عليه بما يعني أن آثار العقد تنصرف إلى المتعاقدين ونصت المادة (١١٠) من القانون المدني على أن:

"من باشر عقدا من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من أحكام".

ومع ذلك لا تسري القاعدة بإطلاقها على كل عقد يبرم بهذه الطريقة لأن العقد قد ينبرم عن طريق النيابة بما يعني أن يقوم شخص بإبرام عقد من العقود نيابة عن غيره، والنيابة نوعان: قانونية واتفاقية، وأياً كان المتعاقد نائباً أو أصلياً فلا بد أن يصدر رضاه معبراً عن رأيه أي أن الرضا يصدر عن شخص يتمتع بالأهلية، وبخصوص النيابة في التعاقد فإن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصلي ويلتزم النائب بحدود نيابته بشرط أن يعلم الطرفان النائب والأصلي حدود النيابة ووجودها وقت إبرام العقد.

وتمثل الآثار الناتجة عن تصرف النائب أحكاما للنيابة بحيث تعود هذه الآثار إلى الأصلي سواء أكانت حقوقا أم التزامات وبهذا ليس للأصلي أن يقبل من آثار التصرفات ما يكون نافعا له ويرفض ما يكون ضارا له.

أما آثار النيابة المتعلقة بالنائب فيعد الأخير أجنبيا عن التصرف موضوع النيابة لأن ما يرتبه هذا التصرف يضاف مباشرة إلى الأصلي ويقف آخر محل المتعاقد مع الأصلي بحيث تضاف آثار العقد الذي أبرمه النائب مع آخر إلى الأصلي فيكتسب في مواجهة الأصلي كل الحقوق التي يرتبها له هذا التصرف ويلتزم في مواجهته بكل الالتزامات التي يولدها في ذمته وليس له الرجوع إلى النائب الذي تعاقد معه باسم العميل.

أما **أهلية المتعاقد** فتعني: صلاحية المتعاقدين لتحمل الالتزامات واكتساب الحقوق، وهي بالمفهوم القانوني أهلية الوجوب وأهلية الأداء.

وأهلية الوجوب: تعني صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بمقتضى القانون أي لا دخل للإرادة في هذه الحقوق والالتزامات، ويثبت للشخص الطبيعي منذ ولادته حقوق ويتحمل الالتزامات كحق الوارث من مورثه والموصى له من الموصي.

أما **أهلية الأداء**: فهي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات بإرادته التي من شأنها ترتيب الأثر القانوني الذي ينشد، وهذه الأهلية تكون كاملة أو ناقصة أو معدومة، وتعد الأحكام القانونية الباحثة في الأهلية من النظام العام بحيث لا يجوز الاتفاق على مخالفتها، ولا يجوز التعديل في تلك الأحكام ونصت المادة (١٣٤) من القانون المدني على أنه:

"يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد غير أنه إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض".

وتتأثر الأهلية ببعض العوارض على نحو يجعل تصرفات الشخص باطلة أو غير نافذة ومنها السن والجنون والعته والسفه والغفلة والعاهة المزدوجة.

كما يتأثر رضا الشخص كامل الأهلية ببعض العيوب عندما تكون الإرادة التي انبثق عنها الرضا غير موجودة أو معدومة أو معيبة بعيب من العيوب وهذه العيوب هي الإكراه والتغرير والغبن والغلط.

ويشترط في الإكراه حتى يكون عيبا من عيوب الرضا ألا يكون مشروعا وأن يكون لمن صدر عنه قدرة على إيقاع تهديده وأن يبعث الإكراه في نفس المكره الرهبة، وحكم الإكراه في القانون المدني ورد بالمادة (١٤١) حيث نصت على أن:

"من أكره أحدا بأحد نوعي الإكراه على إبرام عقد لا ينفذ عقده لكن لو أجازه المكره أو ورثته بعد زوال الإكراه صراحة أو دلالة ينقلب صحيحا".

ونلاحظ أن جزاء الإكراه هو عدم نفاذ العقد إلا إذا لحقته الإجازة صراحة أو ضمناً، أما التغرير والغبن فهو عيب في الرضا بحيث يأتي التغرير كونه يمثل علة لنتيجة هي الغبن. وعرف القانون المدني التغرير ونصت المادة (١٤٣) من القانون المدني بأن:

"التغرير هو أن يخدع أحد العاقدين الآخر بوسائل احتيالية قولية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها".

وعناصر التغرير هي: استعمال الحيلة إما بالكذب أو بكتمان الحقيقة وبوجود نية التضليل عند أحد أطراف العقد بغرض الوصول إلى ما هو غير مشروع وأن تكون الحيلة مؤثرة.

والغبن: هو عدم التعادل فيما بين الالتزامات المتقابلة أي عدم التعادل فيما بين ما يبذله العاقد وما يأخذه، وقسم القانون المدني الغبن إلى أقسام هي: الغبن اليسير والغبن الفاحش وتحدث عن أثر اجتماع التغرير مع الغبن الفاحش ونصت المادة (١٤٥) من القانون على أنه: "إذا غرر أحد العاقدين بالآخر وتحقق أن العقد قد تم بغبن فاحش جاز لمن غرر به فسخ العقد".

وهناك عيب يشوب الرضا وهو الغلط على ما عرفه الفقه بما يدور في ذهن العاقد ويحمله على اعتقاد غير الواقع به، والغلط نوعان:

الأول: الغلط البسيط أو التلقائي وينزلق به المتعاقد من نفسه دون تدخل أحد.

الثاني: الغلط الناشئ عن التغرير كما إذا أوهم المتعاقد المتعاقد الآخر وخدعه بوسائل احتيالية أوقعته في غلط.

ويكون الغلط في صفة جوهرية في الشيء أو شخص المتعاقد أو في قيمة الشيء، ونطاق الغلط هو الغلط في صفة جوهرية في العقد، والغلط في شخص المتعاقد، والغلط

في قيمة الشيء، والغلط في الباعث وكما يكون الغلط في الواقع يكون الغلط في القانون ويأتي كذلك في الحسابات.

ثالثاً: المحل والسبب ركنان في العلاقة التعاقدية

١- المحل:

محل الالتزام: هو موضوع الالتزام الذي يسكن ذمة المدين، ولا يكون هذا المحل صحيحا إلا إذا تركز على التزام صحيح، وعلى أساس من ذلك يقع باطلا ضمان الالتزام المستحيل أو المخالف للنظام العام والآداب، وكذلك الذي يقع بالإكراه.

ولا بد أن يكون هذا المحل محدداً حتى يصبح في مقدور الملتزم ضمان تنفيذه، وفي مقدور الدائن المطالبة بهذا التنفيذ، على أنه بالإضافة إلى ذلك يشترط أن يكون الالتزام صحيحا وقت إبرام العقد سواء أكان مبلغا من النقود أم عملا أم امتناعا عن عمل، وضمان الالتزامات الباطلة باطل، كما لو كان الالتزام أرباحا فاحشة أو دين قمار، وفرق الفقه بين حالتين لتقدير الأثر القانوني في الالتزام بضمان التنفيذ إذا كان غير صحيح.

٢- السبب:

سبب الالتزام في العقد هو الغرض المباشر من اتجاه النية الذي يتركز على تعهده وضمان تنفيذ الالتزام، وهذا السبب لا بد أن يكون مشروعاً، ويفترض في هذا العقد أن يكون سبب الالتزام فيه ضمان تنفيذه مشروعاً.

ولعل المشروع قصد أن يورد سبب الالتزام ليمتزج مع التزام المدين بحيث يكون السبب هو العلاقة الأصلية التي من أجلها تم إبرام العقد وترتب الالتزام بموجبه كأثر للعلاقة السابقة، وقد تكون هذه العلاقة بعوض كما لو كانت بيعا أصبح بموجبه المدين مدينا بالثمن، أو قرضا أصبح فيه مديناً بقيمته، أو وكالة أصبح فيها مدينا بأجر الوكيل، أو المصاريف التي أنفقها، وقد تكون هذه العلاقة تبرعية كما هو شأن الهبة والكفالة التبرعية، وكذلك الأمر بشأن تسوية المدفوعات بوساطة الشيكات.

رابعاً: آثار العقد والقوة الملزمة له ونسبية آثاره

إذا قام العقد صحيحا؛ بمعنى أن أركانه الثلاثة متوافرة: الرضا والمحل والسبب فضلا عن الشكل بالعقود الشكلية، فإن هذا العقد ينتج آثارا توجب أعمال ما جاء فيه بحيث إذا قضى بإنشاء التزامات على عاتق طرفيه قامت هذه الالتزامات ووجب الوفاء بها، وإذا قضى بتعديل حقوق أحد العاقدين أو نقلها أو إنهائها وجب أعمال ما قضى به.

هذا ما يسمى بالقوة الملزمة للعقد وهي بالضرورة تأتي لطرفي العقد ومن يخلفهم بالحقوق، وسميت كقاعدة نسبية أثر العقد، وعلى هذا فإن حكم العقد يقتصر على عاقديه ولا ينصرف إلى الآخرين إلا وفق أحكام القانون، وورد حكم النص هذا في المادة (١١٠) من القانون المدني بأنه:

"من باشر عقدا من العقود بنفسه لنفسه فهو الملزم دون غيره بما يترتب عليه من أحكام".

ويقصد بأطراف العقد أولئك الذين باشروا بإبرامه عندما أتى كل منهم تصرفا نتج عنه التقاء رغبته مع آخر لينبرم العقد، أما آثار العقد المتعلقة بالآخرين فيمكن إجمالها فيما يتعلق بالخلف العام والخلف الخاص وأولئك الذين لا يعدهم القانون من الخلف العام أو الخلف الخاص[1].

ففيما يتعلق بالخلف العام يقضي حكم نص المادة (٢٠٦) من القانون المدني بأنه:

"ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث ما لم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام".

والخلف العام هو من يخلف سلفه بذمته المالية أو في حصة منها وتترتب آثار العقد الذي أبرمه السلف على عاتق الخلف فيما ترتب من حقوق أو التزامات ضمن نطاق الذمة المالية التي تلقاها من السلف.

---

(١) انظر د. محمد صادق المهدي. نظرية الاستخلاف. مجلة القانون والاقتصاد. جامعة القاهرة، محاضرات القيت على طلبة الماجستير. جامعة القاهرة.١٩٨٤.

أما الخلف الخاص فهو الذي لا يخلف السلف في ذمته المالية أو حصة من هذه الذمة، بل يخلفه في ملكية شيء أو حق عيني، وإذا كان الأصل أن آثار العقد لا تنصرف إلى الخلف الخاص، إلا أن ذلك لا يجري على إطلاقه بسبب وجود حالات استثنائية ينصرف بمقتضاها أثر العقد إلى الخلف الخاص، وهو المشتري أو البائع أو المستأجر أو الأمين، فمشتري العقار خلف خاص للبائع، وإذا كان الأمر لا يعني شيئا للمشتري فيما يتعلق بالعقود الصادرة من البائع في غير ما يمس العقار الذي اشتراه، إلا أن العقد إذا كان محله العقار فإن الأمر يدق إذا مس نفس الحق الذي تلقاه الخلف عن السلف وهو ما حددته المادة ٢٠٧ من القانون المدني وورد بها ما يلي:

" إذا أنشأ العقد حقوقا شخصية تتصل بشيء أنتقل بعد ذلك إلى خلف خاص فإن هذه الحقوق تنتقل إلى هذا الخلف في الوقت الذي ينتقل فيه الشيء إذا كان من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشيء إليه".

وبخصوص الآخرين فإنه إذا كانت آثار العقد تنصرف إلى العاقدين فهذا أمر سائغ لأنهما صنعاه ويتعين أن يتأثرا به، وإذا كانت هذه الآثار تنصرف إلى الخلف العام أو الخاص، فلأن الخلف العام يتحمل هذه الالتزامات كونه حل محل السلف بمقدار ما خصه من تركه هذا السلف، ولأن الخلف الخاص كان مالكا لشيء يتعلق به حق من الحقوق.

وإذا كانت آثار العقد تنصرف إلى الدائنين وترتد إليهم بطريق غير مباشر، فلأنه يترتب عليه زيادة أو إنقاص في الضمان العام لديونهم، أما الآخر فهو غير من ذكر سالفا، والأصل في العقود أنها لا تضر الآخرين ولا تنفعهم إلا ما ورد استثناءً بالقوانين الخاصة كالصلح مع التاجر المفلس الذي تنصرف آثاره إلى جميع الدائنين حتى من لم يوافق منهم، وورد حكم نص المادة (٢٠٨) من القانون المدني الذي يجيز أن يكسب العقد الآخرين حقا، ولكن لا يجوز أن يترتب شيئا في ذمته: "لا يرتب العقد شيئا في ذمة الآخر ولكن يجوز أن يكسبه حقا ".

وهكذا فإن استثناءات القاعدة قليلة وورد منها المتعلق بالجانب السلبي:" أن العقد لا يرتب التزاما على عاتق الآخر".

أما الجانب الإيجابي: "فإن العقد يجوز أن يكسب الآخر حقاً".

وما يتعلق بالجانب الإيجابي فتطبيقاتها الاشتراط لمصلحة الآخر وورد النص في القانون المدني بشأن ذلك في المواد (٢١٠)، (٢١١)، (٢١٢):

" يجوز للشخص أن يتعاقد باسمه على حقوق يشترطها لمصلحة الآخر إذا كان له في تنفيذها مصلحة شخصية مادية كانت أو أدبية ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الآخر حقا مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط ويستطيع أن يطالبه بوفائه ما لم يتفق على خلاف ذلك، ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التي تنشأ عن العقد، ويجوز أيضا للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترطه لمصلحة المنتفع إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو صاحب الحق في ذلك".

ومن تطبيقات الاشتراط لمصلحة الآخر:

أن يهب شخص عقارا لآخر ويشترط عليه أن يدفع لشخص آخر مرتباً مدى حياته" مادة (٥٥٧) من القانون المدني. وبيع المدين الراهن العين المرهونة مع اشتراط قيام المشتري بوفاء مبلغ الرهن. ومن أهم تطبيقات الاشتراط لمصلحة الآخر عقد التأمين. وينبع حق المنتفع من عقد الاشتراط وهو حق شخصي مباشر يستطيع المطالبة به بالدعوى المباشرة.

خامساً: أنواع العقد

لم يتصد المشرع إلى تقسيمات العقود وخلا القانون المدني من تقسيم العقود كذلك، ذلك لأن بيان أنواع العقود وتقسيماتها أمر يهتم به الفقه، وصار الحديث عن هذه التقسيمات على أساس أن هناك أحكاماً تلحق بنوع من العقود دون الأخرى.

وهكذا تنوعت العقود من حيث تحديد شروط تكوين العقد إلى عقود رضائية، وعقود عينية، وعقود شكلية، وتنوعت من حيث أثر العقد إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد، وعقود معاوضة وعقود تبرع، ومن حيث طبيعة العقد إلى عقود محددة وعقود احتمالية، ومن حيث مدة العقد إلى عقود فورية وعقود مستمرة وعقود محددة المدة وعقود غير محددة المدة، ومن حيث تطبيق أحكام القانون وتفسير العقد إلى عقود مسماة وعقود غير مسماة، وعقود بسيطة وعقود مختلطة "مركبة".

هذا وينعقد العقد بالوسائل التقليدية كما ورد النص عليها في القانون المدني، كما ينعقد بوسائل إلكترونية وردت أحكامها في قانون المعاملات الإلكترونية.

أما انعقاد العقد بالوسائل الإلكترونية[1] فيعني أن يتم التعبير عن الإرادة باستعمال وسائل إلكترونية فيما بين شخصين يتفاوضان عن بعد بوساطة الهاتف أو التلكس أو الحاسوب بقصد الوصول إلى إبرام العقد بحيث ينفذ أطرافه التزاماتهم بتسليم محل العقد. ودفع ثمن هذا المحل على نحو يكون التعاقد فيه قد تم إلكترونياً ويتم الوفاء بالمقابل إذا كان نقداً بوسيلة إلكترونية[2].

وعلى هذا، فإن العقد ينبرم باستعمال الوسائل التقليدية، وينبرم كذلك بالوسائل الإلكترونية وهو ما أكده المشرع بنص المادة (١٣) من قانون المعاملات الإلكترونية بأنه: "تعد رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي" ونصت المادة (١٤) من ذات القانون على أن:" تعد رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء أصدرت عنه ولحسابه أو بوساطة وسيط إلكتروني معد للعمل أتوماتيكياً بوساطة المنشئ أو بالنيابة عنه".

وعليه فإن التعبير عن الإرادة بالإيجاب أو القبول يتم بطريقة إلكترونية ولا تعد الرسالة المرسلة عبر الوسائل الإلكترونية إلا وفق ما ورد النص عليه في المادة (١٥) من قانون المعاملات الإلكترونية التي نصت على أنه:" للمرسل إليه أن يعد رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ وأن يتصرف على هذا الأساس في أي من الحالات التالية:

أ- إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ.

ب- إذا كانت الرسالة التي وصلت للمرسل إليه ناتجة عن إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أو من ينوب عنه ومخول بالدخول إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية المنشئ.

---

(١) انظر د. وهبة الزحيلي. حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة ص٢٨، وانظر نص المادة (١) من قانون المعاملات الإلكترونية وعرفت العقد الإلكتروني بأنه:"الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً".

(٢) انظر د. فياض القضاة. الدفع الإلكتروني التجارة الإلكترونية. ورقة عمل مقدمة إلى ندوة المنظمة العالمية للملكية الفكرية (الويبو) المنعقدة في عمان بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٢١.

واستثنى المشرع من النص أعلاه حالتين هما :

أ- إذا استلم المرسل إليه إشعاراً من المنشئ يبلغه فيها أن الرسالة غير صادرة عنه، فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ ويبقى المنشئ مسؤولاً عن أي نتائج قبل الإشعار.

ب- إذا علم المرسل إليه أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ.

كما حدد نص المادة (١٦) من القانون أحكاماً وردت لصالح منشئ الرسالة وهو من صدر عنه تعبير الإيجاب، عندما وضع شروطاً يمكن للمنشئ التذرع بها، **وهي**:-

أ- أن العقد لا ينبرم إلا إذا قام المرسل إليه بإعلام المنشئ بالوسائل الإلكترونية أو بأي وسيلة أخرى أنه قد استلم الرسالة.

ب- أن العقد لا ينبرم إذا علق منشئ الرسالة أثر رسالة المعلومات على تسلمه إشعاراً من المرسل إليه تقضي بتسلمه تلك الرسالة.

ج- إن العقد لا ينبرم إلا إذا تسلم المنشئ إشعاراً بأن المرسل إليه تسلم رسالة المعلومات ويستطيع مرسل الرسالة التذرع بحجة أن الرسالة ملغاة إذا لم يستلم الإشعار خلال مدة يحددها بعد توجيه رسالة أخرى تذكيراً بوجوب إرسال الإشعار.

البند الثالث : القيد الإلكتروني ورسالة المعلومات

عرفت المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية رسالة المعلومات بأنها : المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

وبهذا التعريف نقف عند حدود المعلومات التي وردت في الرسالة، والتي يجب أن يتم قيدها في السجل الإلكتروني، والذي ينظم العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية، ويكون قيد هذه الرسالة

من خلال نظام معالجة المعلومات كونه يمثل النظام الإلكتروني المستخدم لإنشاء رسائل المعلومات أو إرسالها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر.

على أن قيد رسالة المعلومات في السجل الإلكتروني يرافقه توقيع هذه الرسالة إلكترونياً وبوساطته تثبت بيانات ذات طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وضعها على نحو يتم من خلاله تمييز هذا الشخص عن غيره، أما البيانات ذات هذا الطابع فهي التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة معلومات أو مضافة عليها أو مرتبطة بها.

هذا ويرافق رسالة المعلومات احتمال تبادل البيانات الواردة من طرفي العلاقة المتمثل بنقل المعلومات إلكترونياً من شخص إلى آخر باستخدام نظم معالجة المعلومات، وعليه لا بد من وسيط فيما بين هذين الطرفين، وهذا الوسيط يكون إلكترونياً وهو حسب نص المادة الثانية "برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء الاستجابة لإجراء يقصد منه إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي.

وهكذا، فإن الشخص الذي يقوم بنفسه أو بوساطة نائبه بإنشاء رسالة المعلومات لإرسالها يسمى المنشئ، ويرسل هذه الرسالة إلى الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلمها منه والمسمى المرسل إليه، ويتم بعد ذلك إجراءات التوثيق للدلالة على أن التوقيع الإلكتروني أو السجل الإلكتروني قد تم تنفيذه من قبل شخص معين، هذا وقد تدل إجراءات التوثيق على معرفة التغيرات والأخطاء التي حدثت في السجل الإلكتروني؛ ذلك أنه إذا تم تبادل رسالة المعلومات وما تضمنته من بيانات إلكترونية، أصدرت جهة مختصة شهادة توثيق لرسالة المعلومات بينت من خلالها نسبة توقيع إلكتروني إلى شخص معين.

ويتم توثيق العقود الإلكترونية لغايات تمييز السجلات الصادرة عن شخص معين، ولا بد من وجود رمز للتعريف، تخصصه الجهة المختصة أو المعتمدة لتوثيق العقود إلكترونياً للشخص المعني لاستعماله من المرسل إليه.

البند الرابع: التوثيق الإلكتروني

تكون السجلات والتواقيع والقيود قابلة للتعديل والتغيير والتزوير وتتعرض لما يمكن أن يغير حقيقتها، ولا تختلف هذه السجلات والتواقيع والقيود كونها مستندات ورقية عادية عن السجلات والتواقيع والقيود الإلكترونية، ذلك أن القيد الإلكتروني قد يتعرض إلى تعديل أو تحريف وكذلك السجل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.

لذلك وضع المشرع أحكاماً تخص التوثيق للمستندات والتواقيع والتاريخ، وقرر أن القيد يكون موقعاً من تاريخ التحقق منه إذا تم بموجب إجراءات توثيق معتمدة وإجراءات توثيق مقبولة تجارياً أو متفق عليها بين الأطراف، وتنطبق إجراءات توثيق السندات على ما هو إلكتروني منها وما هو عادي، على نحو تعد فيه إجراءات التوثيق وأساليب تنفيذ التوثيق مقبولة تجارياً إذا تم مراعاة الظروف التجارية الخاصة بأطراف المعاملة، ومن هذه الظروف:

١- طبيعة المعاملة.

٢- درجة دراية كل طرف من أطراف المعاملة.

٣- حجم المعاملات التجارية المماثلة التي ارتبط بها كل طرف من الأطراف.

٤- توافر الإجراءات البديلة التي رفض أي من الأطراف استعمالها.

٥- كلفة الإجراءات البديلة.

٦- الإجراءات المعتادة لمثل هذه المعاملة.

هذا ويعد التوثيق الإلكتروني موثقاً في الحالات التالية مجتمعة:

١- عندما يثبت أن إجراءات التوثيق معتمدة أو مقبولة تجارياً أو متفقاً عليها بين الأطراف.

٢- إذا كان التوثيق يتميز بشكل فريد يربطه بشخص صاحبه.

٣- إذا كان إنشاء التوثيق بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.

٤- إذا كان كافياً للتعريف بشخص صاحبه.

٥- إذا كان التوثيق مرتبطاً بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغيير في التوقيع.

فإذا استجمع القيد الإلكتروني أو السند أو التوقيع الحالات أعلاه فإن القاعدة تقضي بأن السجل الإلكتروني الموثق صحيح ولم يتم تغييره أو تعديله بعد تاريخ إجراءات توثيقه، وأن التوقيع الإلكتروني صادر عن الشخص المنسوب إليه، وأنه وضع من قبله للدلالة على موافقة مضمون السند، كل ذلك حتى يتم إثبات العكس، على أن السجل الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني غير الموثق لا يحوز أي حجية.

واعتمد المشرع في المادة (٣٣) من قانون المعاملات الإلكترونية أن السجل الإلكتروني الذي يحمل توقيعاً إلكترونياً موثقاً يعد سجلاً موثقاً بكامله أو فيما يتعلق بجزء منه حسب واقع الحال، وأوجب المشرع اعتماد شهادة التوثيق التي تبين رمز التعريف في الحالات التالية[1]:

١- أن تكون الشهادة صادرة عن جهة مرخصة أو معتمدة.

٢- أن تكون الشهادة صادرة عن دائرة حكومية أو مؤسسة أو هيئة مفوضة قانوناً بذلك.

٣- أن تكون الشهادة صادرة عن جهة مرخصة من سلطة مختصة في دولة أخرى ومعترف بها.

٤- أن تكون الشهادة صادرة عن جهة وافق أطراف المعاملة على اعتمادها.

(١) أقر مجلس النواب الأمريكي قانوناً يعترف فيه بالحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني ورسائل البريد الإلكتروني (E-mail) بتاريخ ١٩٩٩/١١/٩.

المبحث الثاني
خصائص المعاملات الإلكترونية

البند الأول: أساس التعامل الإلكتروني

يعد التعامل الإلكتروني بحق من نتاج التعامل المصرفي، عندما مارسته بعض البنوك الفرنسية منذ أكثر من أربعة عقود، ولم يكن هذا التعامل ذا صلة بأي نص تشريعي، رغم أن القواعد العامة في القانون المدني والتجاري لا تأبى الأخذ بهذه الوسائل في الإثبات ولا تحول دون اتفاق الأطراف على التعامل بتلك الوسائل.

هذا ولم يكن للفقه دور في الإشارة إلى هذا النوع من التعامل؛ بمعنى أن التعامل الإلكتروني لم يكن وليد اتجاه فقهي ولا تشريعي، وكان للمشرع دور في تشجيع اتباع هذا النظام وزيادة فاعليته لتحويله إلى نظام إجباري في المؤسسات الرسمية المالية والتجارية والإدارية التي تتعاطى التعامل بالحاسب الآلي.

البند الثاني: الاختيار في التعامل الإلكتروني

تمتاز المعاملات الإلكترونية بأن الأخذ بها يكون اختيارياً لطرفيها؛ لأن هذا النظام يستوجب موافقة طرفي المعاملة على التعامل فيما بينهم بالوسائل الإلكترونية، وعليه يبادر طرف في المعاملة إلى اقتراح التعامل مع الطرف الآخر بهذا النظام، حتى إذا وافق أصبح التعامل فيما بينهما يتم بالوسائل الإلكترونية، كما هو الشأن عندما يوافق احد طرفي المعاملة على أن تكون البيانات المستندة إلى دفاتر الآخر التجارية قيد التنفيذ فيما بينهما.

البند الثالث: التنظيم الدقيق للمعاملات الإلكترونية

إن التقدم التقني وثورة المعلومات التي شهدها العالم في هذا العصر أدت إلى تغيرات جوهرية في حياة الناس على نحو أصبح من اللازم والضروري أن يتدخل المشرع ليضع قوانيناً وأنظمة لتواكب تسارع تلك التغيرات وينظم نتائجها التي أثرت جذرياً في المجتمع المحلي والدولي.

وكان اعتراف المشرع بالوسائل ـ التي تتم فيها المعاملات إلكترونياً والتعاقدات المحلية والدولية التي اختزل فيها أطراف هذه التعاقدات الزمن ـ قد ساهم في تعميم استخدام هذه الوسائل بحيث انتشرت وتدخلت في إبرام العقود ، وأصبحت المنافسة تقوم على تقديم أدق لهذه الوسائل لتفويت الفرصة على المحتالين والذين يتلاعبون بأنظمة استعمالها ، وكانت ممارسة هذه الوسائل في بداية ظهورها عرضة للتزوير والتلاعب والغش شأن كل الوسائل التقليدية إلا أن المتابعة المستمرة لتقويتها جعلتها آمنة يثق فيها الناس، مما أدى إلى تراجع الوسائل التقليدية أمامها.

البند الرابع : تعميم استخدام الوسائل الإلكترونية

إن نظام استخدام الوسائل الإلكترونية الحديث في المعاملات الجارية فيما بين الناس بات تطبيقاً عاماً ، وخاصة ما يتعلق بالبنوك والمشروعات ، وكذلك المؤسسات الرسمية وغير الرسمية ، وهو ليس حكراً على المشروعات التي تستخدم الحاسب الآلي إلا ما كان من هذه الوسائل مستخدماً في مجالات دون أخرى.

ويمثل التعاون الفني بين الدول المنتجة للوسائل المستخدمة في المعاملات الإلكترونية أحد الأسباب الرئيسة لإنجاح تسويق هذا الأمر ، ذلك أن توفير المعلومات والخدمات لأطراف العلاقات يمكنهم من الحصول على المساعدة الفنية بهدف تمكينهم من تنفيذ الاتفاق ، كما تمكن الدول من تعديل ومواءمة تشريعاتها الوطنية بهدف زيادة مشاركتها في تسويق استخدام هذه الوسائل مع احتفاظ أصحاب حقوق الملكية الفكرية والصناعية بحقوقهم في براءات الاختراع والمعرفة الفنية والتصميمات الصناعية والتخطيطية والعلامات التجارية[1].

ومارست الدول التي كان لها دور كبير في إنتاج وسائل المعاملات الإلكترونية انتهاج سياسة التعاون والاتفاق حول العوائق الفنية ، ومقتضى هذا التعاون الالتزام باتخاذ الإجراءات الخاصة بتعميم التوافق بشأن تلك الوسائل ليكون اعتمادها عالمياً ، ولغة عصرية عالمية لا تسمح بوجود عقبات تعرقل سير تلك المعاملات بما يؤثر على

---

(١) انظر د. عبد الواحد العفوري. المرجع السابق ص٩٨.

التجارة الدولية، ويشجع على الحيلولة دون تحول المعايير الفنية إلى قيود على استخدام الوسائل الإلكترونية.

واستثنى المشرع الأردني من أحكام قانون المعاملات الإلكترونية العقود والمستندات والوثائق التي تم تنظيمها وفقاً لتشريعات خاصة كإنشاء الوصية وتعديلها وإنشاء الوقف ومعاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها، والوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية، وكذلك إشعارات فسخ عقود خدمات الماء والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة، ولوائح الدعاوى وإشعارات التبليغ وقرارات المحاكم.

وافترض المشرع في المادة (٧) من قانون المعاملات الإلكترونية أن السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني تعد كلها منتجة للآثار القانونية المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي من جهة أن التزامات الأطراف واجبة التنفيذ، وأن هذه المعاملات الإلكترونية ذات صلاحية في الإثبات ويمكن اعتمادها. ذلك أن السجل الإلكتروني يستمد أثره القانوني ويكون له صفة النسخة الأصلية إذا توافرت فيه الشروط التالية مجتمعة:

١- أن تكون المعلومات الواردة في ذلك السجل قابلة للاحتفاظ بها وتخزينها ويمكن في أي وقت الرجوع إليها.

٢- أن يكون بالإمكان الاحتفاظ بالسجل الإلكتروني بالشكل الذي تم به إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بأي شكل يسهل به إثبات دقة المعلومات التي وردت فيه عند إنشائه أو إرساله أو تسلمه.

البند الخامس: الأساليب التكنولوجية في المعاملات الإلكترونية

التكنولوجيا Technology كلمة ذات أصل يوناني مكونة من مقطعين Techno وتعني فن أو صناعة وLogos وتعني الدراية العلمية، وهو ما يعني أن هذا المصطلح يعني علم الفنون والصناعة، وأفتى مجمع اللغة العربية بأن لفظ تكنولوجيا يقابله باللغة العربية كلمة "التقنية" بكسر التاء وسكون القاف وكسر النون[1]؛ ذلك

(١) انظر د. محمود الكيلاني. عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا. ط ١٩٨٨.

أن كلمة تقنية تعني الإتقان وهو مشتق من الفعل أتقن، وإتقان الأمر إحكامه، وفي القرآن الكريم "صنع الله الذي أتقن كل شيء"[1].

وعرف بعض الفقه التكنولوجيا بأنها: " مجموع المعارف والطرق العلمية اللازمة لتحويل عناصر الإنتاج إلى منتجات، وتتضمن هذه وظائف الإنتاج والإدارة والتنظيم معتمدة على العلم ومرتكزة على البحث والتطوير"[2].

وعرف آخرون التكنولوجيا بأنها: " المعرفة الفنية أو حق المعرفة أو مال منقول له صفة اقتصادية"، وأطلق عليها آخرون بأنها الجانب التطبيقي للعلم، وأطلق عليها اصطلاح حق المعرفة Know-How.

وهكذا، فإن الاختراعات الحديثة قد وصلت بنا إلى عالم يعيش ثورة تكنولوجية يعتمد العلم والمعرفة والتطبيق العملي فأوجد من الوسائل ما أوجد والتي تعد الأبرز حتى الآن، وهذه الوسائل من أهم الأنواع التقنية، وهي ذات أهمية لحياة الإنسان حيث وجد فيها ما يسهل عليه التعامل مع الآخرين ومنها:

أولاً: الحاسب الإلكتروني

بدت الفائدة من استخدام الحاسب الإلكتروني كبيرة جداً كونه الأداة المستخدمة في حل المسائل وتخزين المعلومات واسترجاعها، ذلك أنه أداة "جهاز" يعتمد الأسلوب الإلكتروني، ويستخدم في تنفيذ العمليات الحسابية على مجموعة من البيانات المدخلة وتخزين المعلومات واسترجاعها والحصول على نتائج وتقارير بأسلوب مبوب ومرتب[3].

وعرف آخرون الحاسوب بأنه "نظام سريع ودقيق له القابلية على التعامل مع المعلومات وترتيبها بصورة تمكنه من قبول البيانات وتخزينها ومعالجتها وإخراج النتائج دون تدخل من قبل الإنسان، وذلك كله استناداً إلى الأوامر التي تصدر له مسبقاً

---

(١) انظر د. يوسف الأكيابي. النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ط ١٩٨٩ ص٢٢.

(٢) انظر د. نصرة سعدي. عقود نقل التكنولوجيا في مجال التبادل الدولي. رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة سنة ١٩٨٩. ص٢٢.

(٣) انظر تقرير اتحاد البنوك العربية، الجوانب القانونية الناجمة عن استخدام الحاسب الآلي في البنوك. سنة ١٩٩١ ص١٤٥ مشار إليه في غادة عمرو. حجية المصغرات العلمية (الميكروفيلم). بحث مقدم إلى نقابة المحامين سنة ٢٠٠٠ ص١٩.

"البرامج"، وكان من مزايا استخدام الكمبيوتر "الحاسب الآلي" السرعة، الدقة، الاقتصاد في النفقة، الاقتصاد في الوقت، الركون إلى النتائج التي يظهرها"[1].

وهذا الجهاز تخزن فيه البيانات المكونة من وحدات للإدخال وأخرى للإخراج وتتكون وحدات الإدخال من أنواع ظهرت في عالم الحاسوب حيث ظهر منها البطاقات المثقبة Punch Cards وتعمل كواسطة ذات أهمية استخدمت لترميز المعلومات وتسجيلها، وهذه الواسطة تقادمت بظهور ما هو أحدث منها مثل الأشرطة المغنطة، وهي ذات خصائص يمكن بوساطتها قراءة البيانات بشكل متسلسل، وصولاً إلى الأقراص المغنطة الواسعة الانتشار كونها الأحدث في إمكانية الوصول إلى المعلومات مباشرة دون المرور لما قبلها Direct Disk وكذلك الأقراص المرنة Floppy Disk وأقراص الليزر CD.ROM وهذه الأخيرة يتم تخزين البيانات عليها ويصعب حذف أو تغيير ما عليها من مخزون المعلومات.

أما وسائل الإخراج out put unit فيمكن بوساطتها استخراج المعلومات عن طريق رؤيتها على شاشة الحاسوب Monitor or Screen ، ومن وسائل الإخراج وحدة الطباعة Printers والراسمات Plotters وتستخدم لتدوين البيانات والرسومات على الورق.

ثانياً: بطاقات الائتمان CREDIT CARDS

كان من بين الاختراعات في عصر ثورة المعلومات تلك الوسيلة التي يتم بوساطتها التعامل مع البنوك من جهة قبض النقود وشراء السلع وتسوية المدفوعات والوفاء بالالتزامات، وهذه الوسيلة أطلق عليها تسميات منها: البطاقة البلاستكية، بطاقة الائتمان، بطاقة الاعتماد.

---

(١) انظر د. محمد الحاج حسن. اساسيات علم الحاسوب والبرمجه ص٢. د.نائل عبد الرحمن. المسؤولية القانونية للمصارف عن جرائم الغش والتلاعب بنظم الكمبيوتر ص٨، وراجع تقرير اتحاد البنوك العربية. المرجع السابق وورد فيه أن أول ما ظهر الحاسب الإلكتروني سنة ١٩٤٦ عندما طور الباحثان الأمريكيان J.P. Echert، J.W.auchly في جامعة بنسلفانيا. أول جهاز يمكن اعتباره أداة إلكترونية للحساب كامل البرمجة، وكانت اول فكرة ظهرت بشأن الحاسب الآلي عند العالم الألمانيVon. Nemann.

وتقوم هذه الوسيلة على أن إحدى المؤسسات المالية أو شركات الاستثمار تصدر بطاقات مصنعة ذات تصميم عالي التقنية ويصعب العبث بها، ويمكن لحاملها أن يقدمها إلى البائع عندما يشتري بعض السلع ليقوم الأخير بتدوين بيانات البطاقة على فاتورة يصدرها ويوقعها حامل البطاقة لترسل إلى البنك كمعتمد لتلك البطاقة ليتم الوفاء بثمن المشتريات، ومن هذه البطاقات ما يمكن حاملها من مخاطبة أجهزة الحاسوب الآلية "الصراف الآلي" (A-T-M) والحصول على مبالغ نقدية من ذلك الجهاز الآلي، ومنها ما يمكن حامله من استخدامه لنقل أمواله من حساب إلى آخر.

١- تعريف بطاقة الائتمان:

ابتدع التجار وسائل متعددة للوفاء بالتزاماتهم من أهمها الكمبيالة حيث تطور استخدامها، فبعد أن كانت سنداً لا يقبل التحويل أصبحت سنداً يقبل التحويل على نحو يجري فيه تظهيره من المستفيد لغيره، كما ظهر سند السحب الذي قام بوظيفة تشبه الكمبيالة، وعلا شأن الشيك في البيئة التجارية عندما أصبح يحقق بداية متطورة للقيام بوظيفة الوفاء بالالتزامات.

وفي العصر الحديث ظهرت البنوك وتدخلت في مناحي الحياة الاقتصادية، ولعبت دوراً أساسياً فيها، وأصبحت توفر الوسيلة التي يحتاجها الناس في تسوية مدفوعاتهم، بما أوجدته من أساليب الفن المصرفي في خلق وسائل الوفاء الأكثر تقدماً.

ويرى بعضهم أن بداية استخدام بطاقات الائتمان كان في الولايات المتحدة عام ١٩٥٠ وشاع هذا الاستخدام كظاهرة اجتاحت أرجاء العالم رغم المخاطر التي يتعرض لها المستخدمون لهذه البطاقات وكذلك الذين يصدرونها.

٢- أنواع بطاقات الوفاء والائتمان:

ظهر من هذه البطاقات أنواع كثيرة شاع منها بطاقة السحب الآلي المعروفة بـ A.T.M وبطاقات ناشونال إكسبرس وبطاقة الماستر كارد وبطاقة الفيزا.

أما بطاقة السحب الآلي A.T.M: فهي عبارة عن شريط ممغنط يحتوي على معلومات دقيقة لحساب العميل حامل البطاقة، ويتم التعرف على هذه المعلومات بوساطة جهاز حاسوب تمت برمجته لقراءة هذه المعلومات ويقوم العميل بإدخال البطاقة في الصراف الآلي من فتحة خاصة، ويتابع تنفيذ التعليمات التي تظهر على شاشة الجهاز

وهي إدخال رقم سري خاص بالبطاقة Pin والقيمة التي يطلبها، وإذا كان الرقم السري صحيحاً فإن الجهاز يدفع القيمة للعميل عندما يتوفر الرصيد في حسابه ويتم قيد هذه القيمة في الجانب المدين من حساب العميل.

ويقوم هذا النوع من البطاقات في صورته الأولى على أساس أنه وسيلة دفع يلتزم بمقتضاها البنك دفع القيمة المطلوبة عند توفر الرصيد، ووسيلة ائتمان يلتزم بمقتضاها البنك دفع القيمة المستحقة على ألا تتجاوز سقفاً محدوداً على نحو قد يوفر البنك لعميله هذا السقف حتى ولو لم يكن له رصيد.

والصورة الأخرى لهذه البطاقات بطاقة الوفاء Debit Card تصدرها بعض الجهات للعملاء وتأخذ على عاتقها تحويل أثمان البضائع أو الخدمات التي يحصل عليها العميل من حساباتهم كمشترين إلى حساب التاجر البائع وذلك باتفاق يتم بصورة غير مباشرة أو بصورة مباشرة، وفي الأولى يقدم العميل البطاقة التي تشتمل على اسم الجهة المصدرة لها وشعارها واسمها وتوقيعها ورقم البطاقة وتاريخ انتهاء العمل بها إلى التاجر الذي سيزوده بالبضاعة في فاتورة يصدرها من عدة نسخ يوقع عليها العميل لترسل نسخة منها إلى الجهة التي أصدرت البطاقة لتقوم بتسديد قيمتها إلى البائع، ومن ثم يتم قيد هذه القيمة في حساب العميل في الجانب المدين منه إذا كان مصدر البطاقة بنكاً.

أما الصورة الثانية المباشرة فإن البطاقة التي تصدر للعميل تقوم بدور الممول الإلكتروني للرصيد عن طريق القيد في الحسابات بالخصم والإضافة، وآلية تنفيذها هي تسليم البطاقة إلى المحل التجاري الذي تعامل معه حاملها، بحيث يتم تمريرها في جهاز يرتبط بأرقام يدخل بوساطتها كمفتاح على حساب العميل حامل البطاقة ليتأكد من وجود رصيد كاف لتسديد مشترياته، حتى إذا كان ذلك فإنه يتم تحويل قيمة المشتريات بعد خصمها من حساب العميل لقيدها في حساب البائع بإضافتها إلى حسابه. وتوفر هذه البطاقات ضمانات مناسبة للمتعاملين بها، على نحو تتم فيه تسوية الديون مباشرة ساعة إبرام الصفقة.

وتمتاز هذه الطريقة بسرعة إنهاء المعاملة فيما يتعلق بالعلاقات بين أطرافها، في حين تمتاز الطريقة غير المباشرة بأن حامل البطاقة يستفيد من الأجل لتسديد قيمة مشترياته ويمتد هذا الأجل بحسب الاتفاق مدة إضافية، وهي المدة الواقعة فيما بين

تـاريخ تنظيم الفـاتورة ووصـولها إلى الجهـة المـصدرة للبطاقـة. وهـذه البطاقـات المعروفـة ببطاقات الوفاء Credit Card ظهـرت في الولايات المتحدة الأمريكية في فترة الخمسينيات مـن القـرن الماضـي، حيـث أصـدر بنـك ناشـونال فـرانكلين في نيويـورك The Franklin National of New York بطاقة أطلق عليها National Credit Card كما أصدرت شركة أميركان أكسبرس بطاقة باسم American Express وبنك شيس منهاتن Chase Manhattan وبنـك أمريكـا Bank of American بطاقات أطلق عليها فيـزا visa حيث استمر التعامل بهـذه البطاقـات، وتوسـع اسـتخدامها إلى أن أصـدرت مجموعـة مـن البنـوك بطاقة موحدة لاقت نجاحاً كبيراً وإقبالاً واسعاً من المستخدمين لها أطلق عليها الماستر كارد MasterCard، وتعريف هذا النوع من بطاقات الوفاء يقوم على أساس معرفة مصدر هذه البطاقة والتزاماته وحقوقه ودور الوسطاء المتعاملين بهذه البطاقات مثل البائع والبنك الدافع.

وجرى تعريف **بطاقة الفيزا** بأنها أثر لعقد يتعهد بمقتضاه مصدر البطاقة بفتح اعتماد بمبلغ معين لمصلحة شخص آخر هو حامل البطاقة يستطيع بوساطتها الوفاء بمشترياته لدى المحلات التجارية التي ترتبط مع مصدر البطاقة بعقد تتعهد فيه بقبول الوفاء بمشتريات حاملي البطاقات الصادرة عن الطرف الأول.

وبموجب هذا التعريف يتضح أن الخصائص التي تمتاز بها البطاقة هي أنها علاقة ثلاثية الأطراف، وترتب الالتزامات على عاتق هذه الأطراف، وتنظم العلاقة فيما بينهم وهي لا تخضع للتنظيم الخاص بوسائل الوفاء التقليدية بالإضافة إلى أنها تستقل عن غيرها من الأنواع الأخرى، وتكون بطاقة وفاء وبطاقة ائتمان، وتستقل في شكلها ونطاقها القانوني وموضوعها بنظام خاص.

وظهر لهذه البطاقات صور متعددة منها بطاقة الائتمان Credit Card ويحصل حامل هذه البطاقة على تسهيلات ائتمانية متجددة revolving credit من مصدرها وتتحدد شروط هذه التسهيلات من جهة تحديد قيمتها وفوائدها وطريقة تسديدها. وهذه البطاقة تستخدم كوسيلة للوفاء وتمنح حاملها بالإضافة إلى وظيفته الأساسية بالوفاء ائتماناً محدوداً بسقف متفق عليه بما يعني أنه ليس بالضرورة أن يكون رصيد العميل دائناً في كل الأحوال، وتكون مهلة الوفاء بمسحوبات العميل على هذه البطاقة

محددة بشهر أو أكثر أو أقل حسب الاتفاق بحيث يتم قيد الفائدة على قيمة هذه المسحوبات عندما لا يتم الوفاء في هذه المدة.

كما تصدر هذه البطاقة بضمان شيكات يسحبها حاملها لصالح مصدر البطاقة cheque guarntee card وتتضمن هذه البطاقة اسم العميل وتوقيعه ورقم حسابه والحد المسموح له بالسحب بموجبها، وعندما يرغب العميل باستخدامها في السحب أو الشراء فإنه يقدم البطاقة ليقوم التاجر بتدوين رقمها على ظهر الشيك الذي يسحبه العميل كما يقوم بمطابقة توقيعه على الشيك مع توقيعه على البطاقة والتأكد من صلاحية البطاقة، وبهذه العملية يكون البنك ضامناً دفع قيمة الشيك للمستفيد في حدود المبلغ المحدد بالبطاقة.

وهكذا فإن البطاقات تكون أدوات ائتمان كما تكون أدوات وفاء وهي في الصورة الأولى تصدرها مؤسسة مالية باسم موزعي منتجاتها، حيث تقدم هذه البطاقات لحامليها مزايا تمكنهم من تتبع سداد المبالغ التي استخدموها من الاعتماد المفتوح من جانب مصدر البطاقة. وتكون هذه البطاقة في بعض الأحيان بطاقات وفاء عندما تقدم إمكانية الوفاء المتتابع للنفقات التي استخدمت فيها البطاقة، وهذه الميزة ليست من الوظائف الأساسية لبطاقات الوفاء، بل يقدمها مصدرها بصورة عارضة.

أما بطاقات الائتمان في صورتها الثانية كبطاقة وفاء فأهم ما تتميز به قيامها بوظيفتي الوفاء والائتمان، على أن ذلك لا يمنع أن يكون هناك بطاقات لا تقوم إلا بوظيفة الائتمان.

هذا واصطلح بعضهم على هذه البطاقات أنها بطاقات الوفاء الإلكتروني وهي التي استخدمتها شركات البترول الأمريكية وأدخلها "داينرز كلوب" في الاستخدام في المتاجر والفنادق، وكان من فوائد هذه البطاقات استخدامها كبطاقات دفع إلكتروني وسرعة إجراء المبادلات وتجنب مخاطر نقل النقود ويطلق تعبير بطاقة الدفع الإلكتروني على نوع من البطاقات البلاستيكية التي يتم تدقيقها إلكترونياً لاستخدامها في أغراض متعددة من خلال ما تم تخزينه على تلك البطاقة من معلومات وأهم أنواع هذه البطاقات:

أ- بطاقات الائتمان Credit Cards

ب- بطاقات الدفع الفوري Debit Cards

ج- بطاقات الدفع المؤجل Charge Cards

د- (بطاقات اعتماد النفقات)

هـ- بطاقات التحويل الإلكتروني Eft-pos Cards

و- بطاقات الصراف الآلي Automated teller machines A.T.M Cards

وتصدر هذه البطاقات مؤسسات أو بنوك تضمن تعامل العميل في شبكة التعامل بالبطاقة، وبموجبها يمكنه الشراء والدفع وسحب الأموال والحصول على الخدمات ويقترن إصدار البطاقة بمنح حاملها رقماً سرياً يعمل عند استخدامها في وسط إلكتروني، هذا وتصدر بطاقات الدفع الإلكتروني بأشكال متنوعة بحيث تكون ممغنطة Magnetic stripe Cards أو رقائقية ChipCards أو بصرية Optical Cards.

ومن أهم هذه الأنواع من البطاقات ما يلي:

أ- **البطاقة المغنطة Magnetic stripe Cards**: وتحتوي هذه البطاقة على شريط ممغنط يتم من خلاله إدخال وتخزين وتأمين البيانات عليه ويكون ذا شيفرة تتميز بها، ويتحقق الدفع بهذه البطاقة من خلال قراءة المعلومات الثابتة على الشريط.

ب- **البطاقة الرقائقية Chips Cards**: وتحتوي هذه البطاقة على شريحة من السيلكون "ذاكرة" تتضمن قيد قيمة النقود في الحساب المصرفي لحاملها، وتقوم بعمليات التحويل المصرفي من خصم وإضافة من حسابات العميل بقيمة معاملاته.

ج- **بطاقة الذاكرة Memory Chip Cards**: تتضمن محتويات هذه البطاقة معلومات مخزنة صادرة عن عملية معينة، ومثالها بطاقات الهاتف التي تتضمن بياناً بمقدار الوقت المخصص للخدمة التي يمكن لحاملها الاتصال بها، "كستين دقيقة مثلاً".

د- **البطاقة الذكية Smart Card**: تتولى هذه البطاقة الاحتفاظ بمعلومات يتم تخزينها على رقائق مثل اسم حامل البطاقة، ورقمه السري، رصيده في البنك والحدود المسموح له بسحبها من هذا الرصيد وتوقيعه وأحياناً

صورته الشخصية، ومن بين ما تحتويه هذه البطاقة من معلومات عناصر معلوماتية تحميها من التزوير وسوء الاستخدام من غير صاحبها في حالة سرقتها أو تقليدها. وما تتضمنه هذه البطاقة يطلق عليه مصطلح معالج بيانات **Processor Micro** وصدر من هذه البطاقات نوع باسم **Mondex** ويعد أحدث أنواع البطاقات الذكية التي طرحت في الأسواق لعملاء البنوك في العالم.

هـ- **البطاقة الذكية جداً Super Smart Card**: ابتكرت هذه البطاقة منظمة الفيزا العالمية بالتعاون مع شركة توشيبا للإلكترونيات، وتتميز بأنها تحافظ على خصوصية حامل البطاقة وتمنع التزوير والتحايل، لأن عمليات الدفع التي تتم باستخدامها تنفذ من خلال نظام كتابي إلكتروني مشفر Cryptographic وتسمى الكتابة الخوارزمية.

وهذه البطاقة تحتوي على معالج صغير للبيانات مع ذاكرة وشريط ممغنط وشاشة عرض ومفاتيح ذات ألياف محشوة في نسيج البطاقة.

ي- **البطاقة البصرية Optical Card**: وهذا النوع من البطاقات شاع استخدامه في العقد الماضي ومنها الفيزا كارد والماستر كارد، وأقبل المتعاملون مع البنوك والتجار على استخدام هذه البطاقات لتسوية معاملاتهم في جميع أنحاء العالم، واكتسبت هذه البطاقات شهرة عالمية لصدورها عن مؤسسات اقتصادية عالمية قوية تحظى بالثقة والقبول على المستوى العالمي، بحيث أصبحت ذات قوة شرائية عالمية، ويمكن القول: إنها تمتعت بهذه القوة الشرائية بشكل يفوق قوة العملات النقدية العالمية مثل: الدولار والجنيه الإسترليني.

وتخزن هذه البطاقات معلومات خاصة بقيم الدفع والمعلومات المتغيرة وعناصر التأمين للمدفوعات.

وتصدر البطاقات بأنواعها عن مؤسسات عالمية من أهمها:

أ- **مؤسسة الفيزا العالمية Visa International Service Association:**

ومركز هذه المؤسسة لوس أنجلوس بولاية كاليفورنيا بالولايات المتحدة الأمريكية.

وتصدر هذه المؤسسة من البطاقات البلاستيكية الإلكترونية ثلاثة أنواع وهي:

- الفيزا الذهبية.
- الفيزا العادية.
- بطاقات رجال الأعمال.

ب- **مؤسسة ماستر كارد Master Card International Organization:**

ومركز هذه المؤسسة سانت لويس بولاية نيويورك بالولايات المتحدة الأمريكية وتصدر أنواع متعددة من البطاقات هي:

- ماستر كارد الذهبية.
- ماستر كارد لرجال الأعمال.
- ماستر كارد عادي.

ج- **مؤسسة أمريكان إكسبرس American Express**: ومركزها الولايات المتحدة الأمريكية وتصدر هذه المؤسسات بطاقات تحمل اسمها من بنوك أمريكان اكسبرس.

د- **مؤسسة بورد كارد الأوروبية Euro Card.**

هـ- **مؤسسة داينرز كلوب الدولية اليابانية Diners Club International.**

٣- وظائف بطاقات الدفع الإلكتروني:

تعد بطاقات الدفع الإلكتروني أدوات ائتمان وأدوات وفاء وتتشابه في ذلك مع الأوراق التجارية كالشيكات والكمبيالات وسندات السحب، بما يعني أن هذه البطاقات تكون بطاقات ائتمان أو بطاقات وفاء أو بطاقات دفع فوري أو تحويل إلكتروني، وفي الأحوال السابقة تكون هذه البطاقات بطاقات ائتمان أو وفاء وقد تكون ائتمان ووفاء في الوقت ذاته، مثلها في ذلك مثل النقود والشيكات وتتشابه هذه البطاقات مع النقود والشيكات

من ناحية وتختلف عنها من ناحية أخرى، ويتبين ذلك الوجه من الشبه والاختلاف عند مقارنة هذه البطاقات مع النقود ومقارنتها مع الشيكات.

أ- **النقود وبطاقات الدفع الإلكتروني:** تمثل النقود وسيلة يسعى الأفراد لكسبها من أجل استخدامها في الحصول على ما يرغبون من سلع وخدمات حاضرة أو مستقبلية، وتتمتع النقود بالقبول من قبل أفراد المجتمع، وهذا يعني أن هناك وظائف للنقود من بينها استخدامها كوسيط للمبادلات؛ بمعنى تخلي حائز النقود عن كمية معينة من النقود مقابل حصوله على سلعة أو خدمة معينة يقدمها له الطرف الآخر الذي كسب النقود من أجل الحصول باستخدامها على سلع أو خدمات من ثالث.

وهذه الوظيفة للنقود تتشابه فيها مع وظيفة بطاقات الائتمان/بطاقات الدفع الإلكتروني لأن الأخيرة تستخدم أيضاً كوسيط في المبادلات يقدمها حاملها إلى بائع السلعة أو الخدمة ليحصل على تلك السلعة أو الخدمة محل المبادلة.

أما وجه الخلاف فيما بين بطاقات الدفع الإلكتروني من جهة والنقود من جهة أخرى فهو إن حائز النقود يتخلى عنها للبائع نهائياً مقابل السلعة أو الخدمة، وبالتالي فإن للنقود قيمة نقدية ذاتية، ذلك لأن هذه القيمة تتمثل في أن البائع يستطيع استخدامها مباشرة في الحصول على ما يحتاجه من سلع وخدمات، أما في بطاقات الدفع البلاستيكية/ الإلكترونية فلا يتخلى المشتري عن البطاقة بصفة نهائية للبائع، وليس لهذه البطاقة قيمة نقدية ذاتية، لأنها مجرد وسيلة يستطيع بوساطتها البائع الحصول على النقود مقابل السلع أو الخدمات التي يقدمها لحامل البطاقة في وقت لاحق وبعد أن يصدر فاتورة.

ب- **أوجه الشبه والخلاف فيما بين النقود والبطاقات البلاستيكية:** هناك فرق آخر يميز النقود عن البطاقات البلاستيكية/بطاقات الدفع الإلكتروني، يكمن في أن من وظائف النقود تخزين القيمة، بما يعني

أنه يمكن لحائز النقود أن يدخرها ليستخدمها في الحصول على ما يحتاجه في أي وقت مستقبلاً، ولا يتصور أن تكون هذه الوظائف ملائمة للبطاقات لأنها ليست أدوات تنوب عن النقود.

ومن جهة أخرى فإن هناك فرقاً جوهرياً بين النقود وبطاقات الدفع الإلكتروني يتمثل في أن النقود تتمتع بالقبول العام من جانب أفراد المجتمع، إذ هي وسيلة لإبراء الذمة وتستمد قوتها بهذه الوظيفة من القانون الذي يلزم كل أفراد المجتمع بقبولها في معاملاتهم، وهذا التزام قانوني يميز النقود عن غيرها من وسائل المبادلات أو وسائل الدفع الأخرى.

لذلك فإن بطاقات الدفع لا تعد نقوداً ولا تتمتع بالقبول الإلزامي بمقتضى القانون، وهي إذ تتمتع بالقبول الاختياري فإنها تتمتع لدى شريحة معينة من المجتمع بالقبول الإلزامي بقوة العقد وليس بقوة القانون، لأن البائع الذي يقدم الخدمة أو السلعة يمكنه عدم قبول البطاقة البلاستكية؛ ذلك لأن القانون لا يفرض عليه قبولها كالتزام قانوني، في حين لا يستطيع مقدم السلعة أو الخدمة عدم قبول النقود كمقابل لمحل عقد البيع، وبذلك إذا كان المشتري قد ألزم البائع بقبول النقود ثمناً للسلعة أو الخدمة فإنه لا يلزمه بقبول بطاقات الدفع الإلكتروني سداداً لثمن السلعة أو الخدمة.

خلاصة ما تقدم أنه إذا توافرت الخصائص الواردة أعلاه في أي مال منقول فإنه يعد نقوداً، أما إذا توافرت بعض الخصائص دون بعضها الآخر فلا تتوافر فيه بعض صفات ووظائف النقود "أشباه النقود" كونه يؤدي بعض وظائف النقود دون بعضها الآخر مثل الشيكات وبطاقات الدفع الإلكتروني.

وكذلك فإن هناك أوجهاً للشبه وأوجهاً للاختلاف فيما بين الشيكات وبطاقات الدفع الإلكتروني/الوفاء والائتمان.

فمن جهة أوجه الشبه تتشابه الشيكات مع بطاقات الدفع الإلكتروني في أنهما تستخدمان في تداول نقود الودائع ونقل ملكيتها من شخص لآخر، وبذلك فإن الشيك

والبطاقة البلاستيكية ليسا بحد ذاتهما نقوداً، ولكن كلاً منهما يعد بمثابة أداة تداول النقود ونقلها فيما بين المتعاملين بها.

ورغم هذا الوجه للشبه بين الشيكات وبطاقات الدفع الإلكتروني إلا أن هناك فروقاً تبدو فيما بينهما، من أهمها: أن ساحب الشيك يتخلى عن ورقة الشيك للمستفيد الذي يقوم بدوره بتقديمه للبنك المسحوب منه للحصول على قيمته نقداً أو بإضافة هذه القيمة إلى حسابه لدى هذا البنك أو غيره من البنوك، أما حامل البطاقة فلا يتخلى عن بطاقته نهائياً، بل يقدمها لبائع السلعة أو الخدمة التي يريد الحصول عليها، لأن البطاقة تمثل طريقة الدخول إلى نظام الدفع الإلكتروني بحيث يقوم البائع بقراءة بيانات البطاقة للتحقق منها ومن حاملها، ويضعها في آلة التحويل الموجودة لديه، ومن ثم يقوم بمجموعة من الإجراءات فيما بعد لتحويل المبالغ (قيمة البطاقة) من حساب حامل البطاقة إلى حساب التاجر، ثم يقوم التاجر بإعادة البطاقة إلى صاحبها بعد إجراء هذه المعاملة.

٤- الخصائص المميزة لبطاقات الائتمان:

أ- **استقلال البطاقات من حيث الشكل:** لا بد لحامل البطاقة أن يفتح اعتماداً لدى البنك الذي يتعامل معه أو المؤسسة التي تصدر البطاقة ليستطيع بوساطتها الوفاء بأثمان المشتريات التي يحصل عليها، ويكون اعتماد العميل بهذه الصورة اعتماداً دائراً؛ بمعنى أنه يجدد بالتتابع مع التسويات التي ينفذها العميل كحامل للبطاقة.

وهذا الشكل من أشكال الاعتماد جديد مارسه المتعاملون مع البنوك في الاعتمادات المستندية، وتمت ممارسته في النصف الثاني من القرن الماضي. عندما أصدرت مؤسسة Le Cetelem بطاقة أطلق عليها بطاقة الجيب للائتمان "Carte de Gedit en Foche" ومؤسسة Sofin Co بطاقة أطلق عليها بطاقة النقود "La Carte argent" وكان ذلك عام ١٩٦٥، حيث كانت هاتان البطاقتان شائعتي الاستخدام كونهما من بطاقات الوفاء، وعندما بدأ ظهور بطاقات الوفاء والائتمان والتي توزع بوساطة التجار اختفت البطاقتان المشار إليهما أمام انتشار تلك البطاقات والتي

شهدت تطوراً هائلاً، وباتت أسواق العالم في أوروبا وأمريكا تتحدث عن تلك البطاقات وتنافست المؤسسات والبنوك فيما بينها على إصدار تلك البطاقات كخدمة تقدمها للعملاء وتحقق ربحاً عالياً.

وتتنوع بطاقات الوفاء والائتمان فمنها ما يصدر عن المحلات التجارية التي تمارس البيع عن طريق الوسطاء والسماسرة والمراسلين، ويمكن لحامل البطاقة أن ينفذ مشترياته عن طريق نشرة أطلق عليها اسم " La Carte Kangourou" ومنها ما أطلق عليه بطاقة الأسواق المتعددة، وهذه البطاقات تصدرها بعض المحلات التجارية الكبيرة وهي أشكال مختلفة تتطور لتقدم ما يشبع احتياجات المتعاملين بها في البيئة التجارية.

ب- **استقلال البطاقات من حيث النظام القانوني:** إن التسهيلات التي تمنح لعملاء البنوك وتلك التي تمنحها المؤسسات المالية والمحلات التجارية الكبيرة تكون على شكل قرض يخصص لمشروع معين أو ليوضع تحت تصرف المشتري النقود المقترضة في القرض الذي يراه.

وبطاقة الوفاء، وبطاقة الائتمان لا تشبه بحال من الأحوال ما هو مقنن لغايات القرض إذ إن عقد إصدار البطاقة واستخدامها يستبعد كل تنظيم خاص بالقرض المخصص لغرض معين، ومعه يقال: إن عقد بطاقة الوفاء وكذلك بطاقة الائتمان تستقل أحكامهما القانونية عن تلك التي تنظم القرض المصرفي خصوصاً والتسهيلات المصرفية عموماً، وعقد البطاقة لا ينطوي تحت أي من الأحكام القانونية التقليدية.

ج- **استقلال البطاقات من حيث الموضوع:** ظهرت مؤسسات ومحلات تجارية كبرى وبنوك في السوق المالي وظهرت معها بطاقات الائتمان التي يستطيع حاملها الوفاء بمشترياته مع سداد هذه المبالغ على التوالي.

وإنه بالرغم من معارضة الكثيرين لهذا النوع من البطاقات كونها تمثل دعوة أو تحريضاً لممارسة الحياة بمستوى يفوق قدرات المتعاملين بها وخاصة في مجال مشتريات المواد الغذائية، وبالرغم من قول بعضهم عن هذه البطاقات: إنها ذات نسبة عالية من المخاطر فيما يتعلق بالمتعاملين

بها وخاصة مستخدميها حيث تكون مخاطرها عليهم ناتجة عن تراكم الديون عليهم.

إلا أن البائعين حريصون على تقديم التسهيلات لعملائهم، فتنافسوا على منح هؤلاء العملاء الثقة والائتمان بتقديم كل الأشكال العملية للوفاء بما يلائم احتياجاتهم، ومنحهم الاستفادة من عروض الأسعار الخاصة عن طريق معرفتهم باحتياجات هؤلاء العملاء.

واعتمدت المحلات التجارية في أغلب عملياتها من بيع وشراء على البطاقات التي كانت تصدرها البنوك للوفاء بمشتريات العملاء على أساس أن البنوك ستقوم بالوفاء بأكثر من استخدام لهذه الوسائل للوفاء، وهذا يكون أفضل للتجار من الناحية الاقتصادية.

غير أن التجار اكتشفوا أن العمولات التي يدفعونها على الفواتير المسددة أو المدفوعة ارتفعت بما يعود عليهم بالخسارة. ففضل بعض منهم الاتفاق مع الموزعين على إنشاء نظام خاص لبطاقات الوفاء يصدرونها بأسعار تقل عن العمولة التي يدفعونها للبنوك.

أما الدافع وراء تفكير بعض التجار في استحداث نظام بطاقات الوفاء الخاصة بهم فيكمن في عدم رغبتهم بالخضوع لسيطرة البنوك معتقدين أن البنوك ترى فيهم مورداً للاستثمار وزيادة الأرباح.

د- **النظام الخاص للبطاقات:** حاول الكثير من الفقهاء وبعض التشريعات وضع تعريف لأدوات الوفاء كونها أساس بطاقات الوفاء، إلا أن بعض التشريعات أفقده مضمونه بحيث لم يتحدث عن الأشخاص الذين يصدرون البطاقات، ذلك لأن بعض من يصدرونها يخضعون للرقابة النقدية مثل البنوك وبعضهم الآخر لا يخضع للرقابة مثل المؤسسات المالية والتجار، وهو ما دفع بعضهم إلى المناداة باستبعاد طائفة التجار التي تصدر مثل هذه البطاقات من الرقابة النقدية.

لذلك بقيت البطاقات تعيش نظاماً قانونياً خاصاً ذو أحكام مستقلة عن تلك التي تحكم أدوات الوفاء والائتمان التقليدية كالأوراق التجارية.

هـ- **البطاقات ثلاثية الأطراف:** يستوجب التعامل ببطاقات الائتمان والوفاء ثلاثة أشخاص الأول مصدر البطاقة، والثاني حامل البطاقة، والثالث هو التاجر. وقد تتحد صفتا مصدر البطاقة والتاجر في شخص واحد وعند ذلك يصح القول: إن الوفاء بالوسائل التقليدية لا يحتاج إلا لطرفين.

و- **البطاقات مصدر التزامات أطرافها:** ترتب وسائل الوفاء التقليدية على عاتق طرفين فقط التزامات حقيقية فالتحويل المصرفي والتعامل بالشيك لا يرتب التزامات إلا على عاتق طرفين هما: الدائن والمدين، ولا يكون الطرف الثالث المتمثل بالبنك إلا وكيلاً عن المدين في حال الوفاء للدائن. وكذلك فإن بعض وسائل الوفاء التقليدية أصبح دور البنك فيه هامشياً، وذلك عندما تنقل الأموال من حساب المدين إلى حساب الدائن إلكترونياً باستخدام وسائل حديثة مبتكرة.

أما في مجال بطاقات الوفاء، فإن دور مصدر البطاقة واضح وأكثر وضوحاً من دور البنك في وسائل الوفاء التقليدية، ذلك أن كل طرف من أطراف البطاقة يرتبط بالآخرين بعقود مستقلة يترتب عليها التزامات تستقل عن تلك التي يرتبها عقد آخر مع غيره.

فمصدر البطاقة يربط حاملها بعقد يلتزم بمقتضاه أن تكون البطاقة مقبولة كوسيلة للوفاء لدى عدد من المحلات التجارية، ويلتزم المصدر كذلك بفتح اعتماد مالي بمبلغ معين لحامل البطاقة لاستخدامه في الوفاء بكل مشترياته.

كما ويرتبط مصدر البطاقة بالتجار الذين يقبلون البطاقة في الوفاء بعقد يلتزم بموجبه تقديم الضمان لهم للوفاء بقيمة المشتريات التي نفذها حامل البطاقة في حدود المبلغ المحدد لها، بالإضافة إلى ضمان مصدرها السرعة وسهولة الوفاء، سواء أكانت لحاملها حيث يضمن له المصدر السرعة في تلبية حاجاته، أم للتاجر حيث يضمن المصدر الوفاء بقيمة المشتريات التي نفذها حامل البطاقة.

ز- **البطاقات تنظم العلاقات فيما بين أطرافها:** يرتبط كل طرف من أطراف البطاقة الثلاثية بالطرفين الآخرين بعقود مستقلة بحيث يكون العقد الذي ارتبط به مصدر البطاقة مستقلاً عن العقد الذي ارتبط به مع التاجر، وكذلك فإن العقد الذي ارتبط به حامل البطاقة مع مصدرها مستقل عن العقد الذي ارتبط به مع التاجر عندما اشترى منه، وأيضاً فإن العقد الذي ارتبط به التاجر مع حامل البطاقة عندما اشترى الأخير منه مستقل عن العقد الذي ارتبط به التاجر مع مصدر البطاقة.

وهكذا فإن عقد البيع الذي ارتبط به التاجر مع حامل البطاقة هو السبب في تكوين عقدين آخرين: الأول هو الذي ارتبط به مصدر البطاقة بالتاجر والثاني هو الذي ارتبط به مصدر البطاقة بحاملها. لذلك فإن الوفاء باستخدام بطاقات الوفاء يكون ضمن إطار علاقة ثلاثية الأطراف مكونة من سلسلة من التصرفات القانونية والتي تتشكل منها العقود التي تهدف إلى قيام أحد أطرافها بالوفاء، في حين تهدف إلى تلبية حاجة حامل البطاقة بالحصول على مشترياته بوسيلة الوفاء التي يحملها.

ح- **البطاقات أداة وفاء وأداة ائتمان:** لعل أهم وظيفة وميزة للبطاقات أنها تقوم بوظيفتي الوفاء والائتمان وهذه الوظيفة هي أهم ما يميز بطاقات الوفاء، وأنه إذا كانت بعض البطاقات تقوم بوظيفتي الوفاء والائتمان فهناك بعضها الآخر لا يقوم بغير وظيفة الوفاء.

٥- **التطور في نظام المدفوعات Payment System:**

ويمكن توضيح ذلك من خلال النقاط الآتية:

أ- استخدمت المعادن النفيسة مثل الذهب والفضة كوسيلة أساسية لتسوية المدفوعات على نحو كانت تمثل فيه الشكل الرئيس للنقود، وتلا ذلك استخدام العملة النقدية الورقية، ومن ثم الشيكات.

هذا وأطلق على النقود التي يتم صكها من المعادن النفيسة وغيرها من الأموال ذات القيمة العالية/ النقود السلعية Commodity Money وكانت ذات وزن ثقيل يصعب تداولها ونقلها بسهولة.

ب- تلا وسيلة استخدام المعادن النفيسة لتسوية المدفوعات تطورات ظهرت عندما بدأ التعامل بالعملات الورقية، وتم استخدامها كوسيط في المبادلات، حيث كانت في بادئ الأمر قابلة للتحويل إلى عملات معدنية "نظام المسكوكات" أو إلى كمية من المعدن النفيس "نظام السبائك" حيث بقي الأمر إلى أن أوقفت الحكومات تحويل النقود الورقية إلى سبائك أو مسكوكات، وفرضت سعراً إلزامياً للعملة الورقية بقوة القانون فأصبحت تتمتع بالثقة والقبول العام من قبل أفراد المجتمع في وقت كان فيه أمر تزويرها أو تقليدها صعباً لأنها تصدر وفق ترتيبات قانونية وإجراءات سرية.

ج- وبسبب الصعوبات التي بدأت تظهر في استخدام النقود الورقية كوسيلة لتسوية المدفوعات ـ ومن هذه الصعوبات ارتفاع نفقات نقلها وخطورة عملية نقلها بحد ذاتها ـ تراجعت بصورة واسعة في الاستخدام.

وتم مواجهة هذه المشكلة باستخدام وسيلة من وسائل تسوية المدفوعات على نحو عبرت فيه هذه الوسيلة عن مرحلة جديدة من مراحل تطور نظام المدفوعات، وهذه المرحلة ابتدعتها العقلية المصرفية والمؤسسات المالية عندما تم اختراع الشيكات وتم استخدامها في عقد الصفقات الكبيرة دون حاجة إلى حمل النقود ونقلها من مكان لآخر.

وتعد الشيكات إحدى وسائل الدفع بمجرد الطلب، وتمكن من عقد الصفقات الكبيرة دون حاجة لاستلام كمية كبيرة من العملة الورقية، وظهرت هذه الوسيلة كاختراع لتحسين وظيفة نظام المدفوعات وتقوية كفاءته، حيث مكنت المدفوعات" الجانب الدائن والجانب المدين" أن تلغي بعضها بعضاً عن طريق المقاصة، ولم يكن لنظام المدفوعات أن يتجاوز مشكلة نقل النقود وصعوبة حملها والمخاطر الناتجة عن ذلك لو لم يتم اختراع الشيكات التي ساعدت هذا النظام على استمراره حتى الآن.

د- وبسبب ما واجه نظام المدفوعات من صعوبات نتيجة استخدامه الشيكات كوسيلة لنقل النقود وتحويلها المتمثلة في أن نقل هذه الشيكات يحتاج إلى وقت، وخاصة عندما يكون الدفع لشخص يقيم في مناطق متباعدة بينه وبين الساحب "المدين" وأيضاً صعوبة الحصول على قيمة الشيكات التي تودع برسم التحصيل فوراً، إذا كان المستفيد بحاجة إلى تلك النقود. وبسبب مزيد من الصعوبات مثل تكلفة الشيكات بدأ التفكير في إيجاد وسيلة تساعد:

أولاً: على الحد من الكلفة العالية لتوفير هذه الأوراق.

ثانياً: على توفير الوقت الذي يستغرقه نقل الشيكات إلى البنك المسحوبة إليه.

هذا وظهر من الوسائل ما فضله بعضهم مثل: الحاسبات الآلية وتقنيات الاتصالات المتقدمة، وخاصة عندما بدأت بالظهور وسيلة الدفع الإلكترونية كوسيلة فضلى لتسوية المدفوعات في نظام المدفوعات عن طريق بيوت المقاصة الإلكترونية Electronic Means of Payment (EMOP)، وهذه الوسيلة تستخدم في الدول المتقدمة منذ عقد من الزمان رغم عدم ظهورها في دول المنطقة إلا منذ ثلاث سنوات، ومن وسائل الدفع الإلكتروني في العالم ما ظهر في الولايات المتحدة الأمريكية وأطلق عليه الاحتياط الفيدرالي وهو نظام للاتصالات سمي Fedwire ويسمح لجميع المؤسسات المالية التي تحتفظ بحسابات في الاحتياطي الفيدرالي الأمريكي بأن يكون لها حق نقل الأموال فيما بينها دون حاجة إلى إرسال الشيكات لتسوية المدفوعات.

ومن جهة ثانية كانت تنقل الأموال إلكترونياً فيما بين البنوك على المستوى الدولي من خلال نظام الدفع عن طريق المقاصة في الولايات المتحدة الأمريكية (Clearing House Interbank Payment System Chip) أو عن طريق نظام نقل الأموال عبر الدول بوساطة جمعية الاتصالات الدولية (Society For worldwide Intertelecomunication)

transfers – Swift) أو عن طريق وسائل الدفع الإلكتروني Electronic "Means of Payment –"EMOP. وباستخدام الوسائل المبينة أعلاه تقوم البنوك وأسواق المال وشركات الأوراق المالية بتسوية المدفوعات فيما بين عملائها والآخرين، بالإضافة إلى وسيلة بقيت تستخدمها هذه البنوك والمؤسسات المالية وشركات الأوراق المالية من خلال بيوت المقاصة الأتوماتيكية "ACH – "Automatic Clearing Houses.

وبات من الشائع أن تدفع الشركات لموظفيها مخصصاتهم باستخدام وسائل الدفع الإلكترونية عن طريق إيداع مباشر في حساباتهم في البنوك. كما ظهر استخدام المستهلكين لوسائل الدفع الإلكترونية عن طريق بيوت المقاصة "ACH" في دفع ما عليهم من فواتير كسداد لاستهلاك الكهرباء والهاتف وأقساط التأمين.

وبقي الأمر كذلك إلى أن بدأ تطور هائل في تكنولوجيا الحاسوب رخيصة التكاليف، حيث جاز القول بأن مرحلة جديدة من التطور المذهل ظهر كوسيلة للدفع عندما بدأت بمباشرة عملية اختراع النقود الإلكترونية والتي قصد بها "Electronic Money " أي تلك النقود التي يتم تخزينها إلكترونياً وتتخذ أشكالاً متنوعة كما هو الحال في بطاقات الائتمان.

هـ- تطور نظام المدفوعات بشكل كبير بظهور بطاقات الائتمان التي أصبحت من أكثر وأشهر وسائل تسوية المدفوعات، ومن أشهر هذه البطاقات: (البطاقة الذكية smart Card) وتحتوي على شريحة كمبيوترية يتم حشوها بقيمة نقدية تمكن حاملها من سحبها من الحساب البنكي في أي وقت يريده، ويمكن استخدام هذه البطاقات من خلال ماكينات الصراف الآلي أو الحاسبات الآلية الشخصية أو هواتف أعدت خصيصاً لهذا الغرض.

ويستخدم هذا النوع من البطاقات في كثير من دول العالم ويسمح بتحويل النقود إلكترونياً فيما بين الأفراد، ولا يسمح بتحويل النقود من

المستهلك إلى التاجر أو ما بين المستهلك والبنك، ومن بين هذه البطاقات بطاقة أطلق عليها بطاقة الموندكس الذكية Mondex Smart Card وتستخدم لتحويل النقود من بطاقة شخص إلى بطاقة شخص آخر عن طريق استخدام جهاز لاسلكي يحمل في اليد ويقوم بعمل حافظة إلكترونية، ويستطيع القيام بوظائف الحافظة النموذجية Standard Wallet ابتداء من تسجيل أرقام الهواتف وغيرها من المعلومات وانتهاءً بحفظ النقود وتخزين قيمتها.

وتنتشر بطاقات تخزين القيمة في بعض دول العالم ومنها: كندا والولايات المتحدة الأمريكية، وتستخدم لدى البنوك الكبيرة، وقد أعلنت مجموعة من البنوك في فترة سابقة عن حملة لبرنامج التعريف ببطاقات تخزين القيمة.

و- ظهر نوع جديد من وسائل الدفع الإلكتروني أطلق عليه السيولة الإلكترونية "Electronic Cash"، وتمثل هذه الوسيلة قيام المستهلك بالحصول على السيولة بوضع حساب في بنك يكون مرتبطاً بالإنترنت بحيث يتم تحويل السيولة المطلوبة إلى جهازه الشخصي ، وعندما يريد المستهلك شراء شيء ما عن طريق النقود الإلكترونية فإنه يدخل بوساطة جهاز الحاسوب الموجود لديه على شبكة الإنترنت ويختار الشيء الذي يرغب بشرائه، وفي هذه الحالة يتم تحويل ثمن الشيء من النقود الإلكترونية اتوماتيكياً من حسابه إلى حساب التاجر، بحيث يستطيع التاجر الحصول على النقود الإلكترونية وتحويلها إلى حسابه بإضافتها قبل أن يقوم بتوريد الشيء الذي اشتراه المستهلك، وأول شركة استخدمت هذا النوع من وسائل تسوية المدفوعات شركة دانماركية وتسمى دجي كاش Digi Cash وشاعت هذه الوسيلة على نطاق واسع في الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية بعد عام ١٩٩٥ .

ز- ظهر تطور جديد في نظام المدفوعات بظهور وسيلة جديدة في تسوية المدفوعات هي الشيكات الإلكترونية Electronic Checks وتسمح لمستخدم شبكة الإنترنت بدفع فواتير الشراء مباشرة من خلال الشبكة دون الحاجة إلى إرسال الشيكات الورقية إلى البائع، ومستخدم هذه الشيكات يكتب على الحاسوب الشخصي العائد له قيمة الشيك ويرسل الشيك الإلكتروني على شبكة الإنترنت للطرف الآخر فيقوم الأخير بدوره بإرساله إلى بنكه عبر الشبكة وبمجرد أن يتأكد البنك "المستقبل" من صحة الشيك الإلكتروني يقوم بتحويل النقود التي تمثل قيمة الشيك من حساب البنك الأصيل إلى حساب البنك المستقبل، وهذه الوسيلة قليلة التكاليف وسريعة في التنفيذ وذات مزايا متعددة حيث دفعت الكثير من المستهلكين إلى تسديد فواتير الشراء بوساطتها.

وهكذا فإن ملخصاً لتطور نظام المدفوعات يدفعنا إلى التساؤل عن مصير النقود الورقية التي أصبحت لا تخرج من المخازن إلا لاستبدال غيرها بها أو لإتلافها. ونتساءل كذلك هل يتحرك العالم تجاه مجتمع دون نقود Cashless Society تتم فيه جميع المعاملات إلكترونياً وكان هناك توقعات في العقدين الماضيين بقرب الوصول إلى ذلك المجتمع غير النقدي، غير أن هذه التوقعات لم تظهر، وربما باتت بعيدة الاحتمال وأصبح التوقع بتحويل المجتمع إلى اللانقود بعيداً.

أما عدم اختفاء نظام الدفع الورقي رغم فعالية وسائل الدفع الإلكترونية فنجملها في مجموعة من العوامل:

١- التكلفة العالية لإقامة نظام نقد إلكتروني متكامل بسبب ما يحتاجه هذا النظام من اقتناء أجهزة حاسوب وشبكة اتصالات إلكترونية.

٢- أهمية الشيكات الورقية كوسيلة دفع تمثل إيصالاً في كثير من الأحيان تبرأ من خلالها ذمة الساحب.

٣- أهمية الشيكات الورقية كوسيلة دفع يستفيد الساحب باستخدامها من فرق المدة فيما بين تحريرها وصرفها، على خلاف وسيلة الدفع الإلكتروني التي تنعدم فيها هذه الميزة لأنها تنفذ عملية الدفع فوراً.

٤- مخاطر وسائل الدفع الإلكترونية والتي ظهرت بنسبة عالية وتنتج عن استخدام وسائل الدفع الإلكترونية، ومنها ما يقوم به بعض المحترفين لاختراق نظم شبكات الاتصالات والإنترنت والحاسوب ويقومون بتغيير نظم المعلومات والبيانات المخزنة لديها، على نحو يمكنهم من تحويل أموال من حساب شخص إلى آخر في نفس البنك أو في بنوك أخرى.
مثال ذلك: ما قام به أحد مدخلي البيانات المبرمجين الروس عام ١٩٩٥ عندما اخترق الشبكة الخاصة بستي بنك وتمكن من تحويل أموال بعض العملاء إلى حسابه الخاص، وليس بالأمر السهل الحد من هذا النوع من الاستيلاء غير المشروع على المال.

خلاصة ما تقدم: نجد أن العالم يتجه بسرعة نحو تطبيق واسع لنظام المدفوعات بوسائل الدفع الإلكتروني بما يقلل من استخدام النقود بشكل كامل، على أنه لابد أن يمر بمراحل بحيث يتم في كل مرحلة اكتشاف بعض المخاطر وأنه لتلافي هذه المخاطر والحد منها لا بد من اختراع وسائل تكنولوجية تقلل من هذه المخاطر على نحو تظهر معه فوائد تطبيق نظام المدفوعات بوسائل الدفع الإلكترونية.

الفصل الثاني
التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية

يجب أن ترتد العلاقات فيما بين الأشخاص إلى أسس قانونية يمكن بوساطتها فض النزاعات فيما بين هؤلاء الأشخاص، لذلك نجد أن العلاقات يحكمها نص قانوني خاص، فإن لم يوجد فقواعد العرف، بالإضافة إلى قواعد العدالة وغيرها مما يقرره المشرع حسب طبيعة تلك العلاقات. وهكذا نجد أن المشرع يتدخل لوضع الأحكام القانونية لمعالجة أوضاع نشأت فيما بين الناس عندما يصبح من الصعوبة بمكان معالجة هذه الأوضاع لقواعد غير قانونية لعدم كفاية تلك القواعد.

وهذا ما فعله المشرع بخصوص المعاملات الإلكترونية حيث باشر التجار والمؤسسات المالية والتجارية ممارستها وتلاهم الأشخاص المعنويون والطبيعيون.

وكان أول تدخل من المشرع الأردني بخصوص المعاملات الإلكترونية عندما اعترف ببعض الوسائل التكنولوجية التي تستخدم في المعاملات الإلكترونية وأضفى عليها حجية قانونية وسن القوانين التي تنظم التعامل بها. ونستعرض التشريعات التي ضمّنها المشرع أحكاماً ذات علاقة بالمعاملات الإلكترونية والتشريعات التي جاءت تنظم المعاملات الإلكترونية مباشرة في المبحثين التاليين.

المبحث الأول
القواعد القانونية في المعاملات الإلكترونية

سارع المشرع الأردني بخطوات لا بأس بها بغية مواكبة التطور التكنولوجي، شأنه شأن الكثير من الدول، وكان لا بد أن يقتحم ما أنتجه هذا التطور بعد أن أصبح طرفاً في كثير من الاتفاقات الدولية وعضواً في تجمعات للشراكة في التجارة العالمية[1].

وتوصل المشرع إلى وضع تشريع ينظم المعاملات الإلكترونية على نحو جعله يعد أمراً بالغ الأهمية، بعد أن بات الأسلوب التقليدي في إبرام العقود والمعاملات لا يلبي بكفاية حاجة المجتمع وتناغم شرائحه مع بعضها بعضاً.

وهكذا صدر قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ في ٤١ مادة، حيث أوضحت المادة الأولى منه معنى المصطلحات الواردة فيه وهي تلك التي ستكون محور حديثنا في المبحث الثاني من هذا الفصل، وبينت المواد ٣، ٤، ٥، ٦ أهداف القانون ونطاق تطبيقه. كما عالج في المواد (٧- ٣٤) المعاملات الإلكترونية من جهة تنظيمها وبيان أحكامها، ومتى تعد منتجة لآثارها وشروط اعتمادها، وحكم اتفاق الأطراف بشأنها، والوقت الذي تعد فيه تلك المعاملات منفذة، ومتى يعد التوقيع الإلكتروني موثقاً، وشروط إصدار شهادة التوثيق، وإمكانية تعديلها أو تزويرها أو حذفها، ومسؤولية أطراف المعاملة عن ذلك، وقرر المشرع عقوبة لمخالفة أحكام القانون كما وردت في المواد (٣٥، ٣٦، ٣٧، ٣٨) وترك أمر إصدار أنظمة لتنفيذ أحكام القانون إلى مجلس الوزراء بخصوص الرسوم التي تستوفيها الدوائر الحكومية

---

(١) انضم الأردن إلى اتفاقية الجات "GATT" وجاء شريكاً في الشراكة الأردنية الأوروبية، وبات من الضروري مواكبة تشريعات التجارة الدولية، لاسيما بعد ان صدر القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام ١٩٩٦ "الأونسترال"، وانضم إلى اتفاقية التربس عام ١٩٩٩ بخصوص التجارة الدولية والملكية الفكرية.

United nation Commission on international trade Law. Model Law on Electronic Commerce with Guide Enactement ١٩٦٦ "the model law".

انظر عمر حسن المومني. التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية ط٢٠٠٢ ص٩٠.

والمؤسسات الرسمية مقابل إجراءات المعاملات الإلكترونية، وبخصوص الإجراءات المتعلقة بإصدار شهادات التوثيق.

البند الأول: نطاق تطبيق القانون

جاء تطبيق القانون مستقلاً عن غيره من التشريعات، على نحو لم يتصد إلى أحكام أي قوانين أخرى، بالتعديل أو الإلغاء، وأتى أيضاً على قواعد العرف التجاري ودرجة التقدم في تقنية تبادلها، ذلك أن أحكام القانون حددت هدف إصداره بتسهيل استعمال الوسائل الإلكترونية في إجراء المعاملات مع مراعاة قواعد العرف التجاري الدولي ذات العلاقة بالمعاملات الإلكترونية ودرجة تقدم هذه المعاملات، بعد أن أصبحت الوسائل الإلكترونية ذات أثر فعال في نقل المعلومات، وتسويق المنتجات وإمكانية القبول بما تنتهي إليه اللقاءات غير المباشرة فيما بين المتعاملين بها، ذلك أن وسائل التلكس والفاكسميلي والهاتف المبرمج وتداول المعلومات بالشريط المغناطيسي المشترك Magnetic stripe، وشبكات الإنترنت هي من الطرق التي يمكن بوساطتها إتمام صفقات البيع والشراء ويمكن بوساطتها إبرام العقود وتنفيذها[1] وأيضاً تبادل المعلومات وتسويق الخبرات.

وحدد المشرع نطاق تطبيق القانون بأن أحكامه تسري على:

١- المعاملات الإلكترونية والسجلات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ووسائل المعلومات الإلكترونية.
٢- المعاملات الإلكترونية التي تعتمدها أي دائرة حكومية أو مؤسسة رسمية بصورة كلية أو جزئية.
٣- المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل إلكترونية ما لم يرد نص صريح يقضي بخلاف ذلك[2].

---

(١) انظر د. محمد حسام لطفي. آثار اتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية (تريبس) على تشريعات البلدان العربية ط٢٠٠٢ ص٢١٧.

(٢) انظر د. بسام التلهوني. ورقة عمل مقدمة إلى ندوة الويبو الوطنية عن الملكية الفكرية والتجارة الإلكترونية، نظمتها المنظمة العالمية للملكية الفكرية في الجامعة الأردنية بتاريخ ٢٠٠٢/٤/٢١.

وبهذا يكون نطاق تطبيق القانون محدداً فيما يلي:

أ- المعاملات الإلكترونية المتعلقة بالسجلات.

ب- المعاملات الإلكترونية المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني.

ج- المعاملات الإلكترونية المتعلقة برسائل المعلومات.

د- المعاملات التي تعتمدها الحكومة أو إحدى مؤسساتها.

هـ- أي معاملات يتفق أطرافها على اعتمادها فيما بينهم.

ورغم تحديد المشرع للمعاملات التي تنطبق عليها أحكام القانون، فإنه أورد استثناء من هذه المعاملات على نحو لا تنطبق عليها تلك الأحكام وأوردها حصراً في المادة (٦) منه عندما أورد بأنه: "لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي:

العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقاً لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:

أ- إنشاء الوصية وتعديلها.

ب- إنشاء الوقف وتعديل شروطه.

ج- معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

د- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

هـ- الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.

و- لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ز- الأوراق المالية إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استناداً لقانون الأوراق المالية.

البند الثاني: العقد الإلكتروني

ينبرم العقد بالتقاء تصرفين قانونيين صادرين عن شخصين اتجهت إرادة كل منهما إلى إحداث أثر قانوني يحقق له مصلحة في مواجهة الطرف الآخر، ويصدر التصرف القانوني عن إرادة حرة واعية غير معيبة على نحو يستكمل أسباب صدور التصرف بوضعه القانوني، عندما تتجه الإرادة لتعبر عن رضا صاحبها واختياره، وهو ما يعني أن يكون الشخص ذو الأهلية قد اختار صدور التصرف من جانبه، بما يعني أن رضاه لم يشبْهُ أي عيب من العيوب وأنه عبر عنه بإرادة حرة واعية غير معيبة، ويكون التعبير عن هذه الإرادة بوسائل حدد المشرع قوانينها منذ زمن طويل.

وبقي الأمر كذلك حتى ظهرت وسائل الاتصال الحديثة، وأصبح التحدث عن بعد وسيلة متداولة في أرجاء العالم، وإذا كان العقد ينبرم بالتقاء تصرفين على ما سبق وأوضحناه فهل يكون التصرفان الذان صدرا عن شخصين لا يجمعهما مجلس واحد قانونيين وينبرم العقد بهما؟ يتمثل ذلك في المحادثة الهاتفية التي يعرض فيها شخص على الآخر فكرة تلقى قبولاً، وفي رسالة الفاكسميلي التي يعبر بها شخص عن رغبته بالتعاقد مع آخر ويتلقى هذه الرسالة ويوافق على ما ورد بها من شروط، وفي رسالة التلكس التي يصدر بمباشرة إرسالها إيجاباً من المرسل ويصدر عن المتلقي قبولاً، وفي رسالة المعلومات التي يبعث بها شخص عبر بريده الإلكتروني إلى آخر رسالة.

وأيضاً هل يمكن تنفيذ التزامات المتعاقدين إلكترونياً عبر هذه الوسائل التي ظهرت حديثاً، ومنها دفع الثمن بوسائل الاتصال الحديثة وفق الأنظمة التي سادت العمل المصرفي والمؤسسات المالية.

وبمناسبة كل ما علا شأنه من: اختراعات وتكنولوجيا ومعاملات إلكترونية تدخل المشرع وأصدر قانون المعاملات الإلكترونية ليعترف بأن هناك عقوداً تبرم بوسائل الاتصال الحديثة، وأبقى للفقه والقضاء تطبيق ذلك وفق النظريات القانونية المستقرة.

ومع ذلك فإن العقد الإلكتروني كعقد ينبرم بإيجاب باتٍ وقبولٍ منجز فيما بين اثنين على نحو يكون فيه الإيجاب ممثلاً لعرضه للتعاقد وفقاً لشروط محددة في العرض يوجهه شخص إلى آخر معين وغير معين. ويكون التعبير عن الإيجاب بالعقد الإلكتروني من خلال شبكة عالمية للاتصالات المسموعة والمرئية تتم عن بعد بحيث

يضع صاحب الإيجاب تحت تصرف آخر معين أو غير معين علامات أو كتابات أو صور أو أصوات أو وسائل لها صفة الرسالة الخاصة بحيث تسمح هذه الوسيلة باستعمال وسائل الإيضاح البياني لتفصيل العرض والدعوة للتعاقد[1].

وإذا لقي العرض بالإيجاب قبولاً من الطرف الآخر فإنه يعبر عن رغبته في إبرام العقد بحيث يقبل العرض وينعقد العقد منتجاً آثاره عندما يكون الإيجاب والقبول متطابقين. ويكون القبول الإلكتروني صريحاً. ولا يعد السكوت قبولاً.

وجاء نص المادة (٧) من قانون المعاملات الإلكترونية بحكم جعل فيه العقد الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات.

وأكد المشرع في الفقرة ب من نص المادة (٧) أنه لا يجوز إغفال الأثر القانوني للعقد الإلكتروني بحجة أنه أبرم بوسائل إلكترونية.

لذلك فإن الإيجاب في العقد الإلكتروني يتمثل بتوجه إرادة صاحبه نحو التعبير عن رغبته في تحقيق أثر قانوني معين لا يتحقق إلا بقبوله من شخص آخر، ويكون التعبير عن هذه الرغبة بوسيلة إلكترونية تستقبل رسالة مضمونها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها أو بوسائل تشبه الوسائل الإلكترونية، وذكر المشرع من هذه الوسائل البريد الإلكتروني وهو المتعارف عليه حديثاً بمصطلح E-mail[2] أو البرق وهي وسائل الاتصالات بوساطة المبرقات غير الهاتفية المرسلة بوساطة التلكس أو النسخ البرقي "الفاكسميلي".

وأراد المشرع أن يحيط الوسائل الإلكترونية بضمانات ورد النص عليها في المادة (٨) من قانون المعاملات الإلكترونية عندما قرر أن السجل الإلكتروني ينتج آثار

---

(١) انظر حازم الصمادي. المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية ط٢٠٠٢ ص٤٥، وقارن د. فياض القضاة. ورقة عمل مقدمة إلى ندوة الويبو. مرجع سابق. ويقول: "ولا تختلف احكام التعاقد بالوسائل الإلكترونية عن التعاقد بالوسائل التقليدية إلا بما يمكن ان تؤثر فيه هذه الوسائل الحديثة على التعبير عن إرادة طرفي التعاقد ونقلها وايصالها سليمة من متعاقد إلى آخر.

(٢) وهو البريد الإلكتروني Electronic Mail.

قانونية كتلك التي تنتج عن الوثائق والمستندات الخطية إذا توفرت فيه الشروط التالية، وذكر المشرع هذه الشروط وهي أن تكون المعلومات الواردة فيه قابلة للاحتفاظ والتخزين ويمكن الرجوع إليها، وأنه يمكن إثبات المعلومات الواردة فيه بدقة، وأن يبين السجل من أنشأ المعلومات وتسلمها وتاريخ ووقت الإرسال أو التسليم.

البند الثالث: رسالة المعلومات

عرف قانون المعاملات الإلكترونية رسالة المعلومات بأنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي.

وهذه الرسالة تعبر عن توجه مرسلها في رغبته بالحديث مع آخر حول موضوع معين، وقد يكون هذا الموضوع تجارياً أو اقتصادياً أو سياسياً أو أي نوع آخر من أنواع المحادثات مهما كان أو غير مهم، على أنه إذا كان فحوى هذا الحديث الذي تضمنته الرسالة هو توجه نحو إبرام عقد مع من يوجه إليه فإن هذه الرسالة تصدر عن شخص أو عن نائبه أو وكيله حسب مقتضى الحال شريطة أن يكون الشخص المرسل إليه تلك الرسالة قادراً على استقبال تلك الرسالة بالوسائل الإلكترونية التي أرسلت بها أو بما يشابهها. وكذلك أن يكون قادراً على تخزينها والرجوع إليها، وأنه إذا لم يكن بإمكانه ذلك أو إذا تدخل المرسل بأن حال دون إمكانية قيام المرسل إليه بطباعة الرسالة بمثابتها السجل الإلكتروني وتخزينه والاحتفاظ به يصبح هذا السجل والرسالة غير ملزمين للمرسل إليه.

هذا وعد المشرع رسالة المعلومات التي يرسلها شخص إلى آخر عبر البريد الإلكتروني أو بوسائل إلكترونية أخرى معبرة عن الإرادة المقبولة قانوناً وهي إيجاب أو قبول يقصد منه إنشاء التزام تعاقدي، وتعد هذه الرسالة صحيحة وصادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه مباشرة أم بوساطة وسيط إلكتروني عن طريق المنشئ أو بالنيابة عنه، وتعد رسالة المعلومات إيجاباً من المنشئ ويستطيع من وجهت إليه أن يعدها صادرة

عمن صدرت عنه أو لحسابه ويتصرف على أساسها في إحدى الحالات التي نصت عليها المادة (١٤) من قانون المعاملات الإلكترونية، وهي:

١- إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ.

٢- إذا كانت الرسالة التي وصلت للمرسل إليه ناتجة عن إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أو من ينوب عنه ومخول بالدخول إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة.

وفي الوقت ذاته وحتى مع توافر الحالات التي حددها المشرع في المادة (١٥) فقرة أ من جهة إعطاء المرسل إليه حق افتراض أن الرسالة صادرة عن المنشئ إلا أنه استثنى من تلك الحالات أن يكون المرسل إليه قد استلم من المنشئ ما يفيد أن الرسالة غير صادرة عنه، أو إذا علم المرسل إليه أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ أو كان بوسعه أن يعلم[1].

ومن جهة ثانية فإن المرسل إليه إذا رغب في التعامل مع المنشئ لرسالة المعلومات فعليه أن يرد برسالة معلومات تعبر عن إرادته - وهي القبول - لينعقد العقد بهذه الوسيلة.

هذا وأورد المشرع أحكاماً قانونية بشأن رسالة المعلومات سواء أكانت صادرة عن المنشئ أم المتلقي، ويمكن إجمال هذه الأحكام بما يلي:

أولاً: ما يتعلق بالمنشئ

- لا تعد رسالة إذا أبلغ الأخير المرسل إليه إشعاراً بأن الرسالة غير صادرة عنه.
- لا تعد رسالة إذا كان هناك اتفاق فيما بين المنشئ والمرسل إليه يقضي بقيام الأخير بإعلام الأول بالوسائل الإلكترونية أو بأي وسيلة أخرى بأنه استلم الرسالة وأن في ذلك استجابة للطلب أو الاتفاق.

(١) لعل عبارة (بوسعه ان يعلم) تزيد الأمر تعقيداً؛ ذلك ان الأمر برمته دقيقٌ ومعقدٌ، فكيف يزيد المشرع هذه الدقة والتعقيد ليلقي على عاتق القضاء الدخول إلى أفكار المرسل إليه والتوصل إلى معرفة ما إذا كان بإمكانه ان يعلم او كان بوسعه ان يعلم ان رسالة المعلومات لم تصدر عن المنشئ، ولعل المشرع اراد ان يترك للقضاء مساحة واسعة لسلطته التقديرية في هذا المجال.

- لا تعد رسالة معلومات إذا كان المنشئ قد طلب من المرسل إليه أن يرسل له إشعاراً بتسلمها، وكذلك فإن المنشئ إذا وجه للمرسل إليه تذكيراً بالرسالة بأن عليه الإجابة خلال مدة محددة ولم يستجب المرسل إليه لذلك.

ثانياً: ما يتعلق بالمرسل إليه

- لا يعد من قبيل الإشعار استلام رسالة المعلومات ولا تعد دليلاً على أن مضمون الرسالة مطابق لمضمون الرسالة التي أرسلها المنشئ.
- تعد رسالة المعلومات قد أرسلت ويترتب عليها آثار الإيجاب من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه إلا إذا اتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك.
- تعد رسالة المعلومات قد وصلت نظام معالجة المعلومات إذا كان المرسل إليه قد حدد هذا النظام لتسلم رسائل المعلومات، وتعد الرسالة قد تم تسلمها من المرسل إليه عند دخولها إلى ذلك النظام، أما إذا دخلت الرسالة نطاق آخر غير الذي تم تحديده، فتعد الرسالة أن إرسالها تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها لأول مرة.
- يعد المرسل إليه مستلماً رسالة المعلومات حتى وإن لم يحدد نظام لمعالجة المعلومات إذا دخلت الرسالة أي نظام معالجة معلومات تابعاً للمرسل إليه.

ثالثاً: الأحكام العامة المتعلقة برسائل المعلومات

- حدد المشرع مكان إرسال رسالة المعلومات بأنه المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ.
- حدد المشرع مكان استلام رسالة المعلومات بأنه مقر عمل المرسل إليه.
- حدد المشرع مكان إرسال رسالة المعلومات ومكان استلام الرسالة عند عدم وجود مقر عمل للمنشئ أو للمرسل إليه بأنه مكان إقامة المنشئ وقرر بأن هذا المكان يعد مقراً للعمل.
- حدد المشرع مقر عمل المنشئ والمرسل إليه إذا كان لأي منهما أكثر من مقر لعمله بأن المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسليم.

البند الرابع: السند الإلكتروني

خصص المشرع المواد ١٩ ـ ٢٥ للحديث عن السند الإلكتروني، ويمكن تعريفه بأنه السند الذي يتم إنشاؤه باستخدام الوسائل الإلكترونية، ويمثل السند التزام منشئه في مواجهة الآخر على نحو يكون فيه هذا السند قابلاً للتحويل، ولا يكون كذلك إلا إذا انطبقت عليه أحكام قانون التجارة.

وهذه الأحكام هي الباحثة في سند السحب والسند الأذني "الكمبيالة" والشيك، أما شروط السند الإلكتروني القابل للتحويل فهي شروط سند السحب كما وردت بقانون التجارة في المادة (١٢٤) وشروط الشيك كما وردت في المادة (٢٢٨) من ذات القانون، وينطبق على تلك السندات كذلك الشروط الواردة فيقانون التجارة بخصوص الكمبيالة/ السند الأذني باستثناء شرط الكتابة. ولا ينتظر أن تصدر السندات الإلكترونية خطية كما هو الأمر التقليدي لإصدار الكمبيالات وسندات السحب والشيكات، وعليه فإن شروط إصدار السند الإلكتروني هي باستثناء الكتابة:

١- كلمة بوليصة أو سفتجة أو سند سحب.

٢- أمر غير معلق على شرط بأداء قدر معين من النقود.

٣- اسم من يلزمه الأداء "المسحوب عليه".

٤- تاريخ الاستحقاق.

٥- مكان الأداء.

٦- اسم من يجب الأداء له أو لأمره "الحامل".

٧- تاريخ إنشاء سند السحب ومكان إنشائه.

٨- توقيع من أنشأ السند "الساحب".

لذلك فإن المشرع بقانون المعاملات الإلكترونية أجاز أن يصدر السند إلكترونياً وأن يكون قابلاً للتحويل، بمعنى أنه قابل للتداول وهو ما يعني أن المنشئ يمكنه أن يلتزم بدفع مبلغ النقود الذي التزم الوفاء به إلى آخر عبر الوسائل الإلكترونية وذلك بإرسال رسالة المعلومات التي تتضمن شروط السند القابل للتداول وفق أحكام قانون التجارة، وترك المشرع أمر تطبيق أحكام هذا القانون على الشيك الإلكتروني معلقاً

على موافقة البنك المركزي، على نحو ترك له فيه أمر تحديد أسس تطبيقها بتعليمات يصدرها.

وبخصوص أحكام السند الإلكتروني القابل للتحويل فقد وردت في المواد ٢٠ ـ ٢٤ من قانون المعاملات الإلكترونية حيث عدّ المشرع حامل السند مخولاً باستعمال الحقوق المتعلقة به إذا كان نظام معالجة المعلومات المستخدم لإنشاء السند وتحويله مؤهلاً لإثبات تحويل الحق في ذلك السند بما في ذلك التحقق من شخصية المستفيد أو المحول إليه وعدّ المشرع نظام معالجة المعلومات الإلكتروني مؤهلاً لإثبات تحويل الحق في السند الإلكتروني القابل للتحويل عندما يسمح هذا النظام بإنشاء سند وحفظه وتحويله ويتحقق ذلك بتوافر الشرطين التاليين مجتمعين:

١- إذا كانت النسخة المعتمدة من السند تدل على اسم الشخص الذي تم سحب السند لمصلحته وأن السند قابل للتحويل وتضمن اسم المستفيد.

٢- إذا كانت النسخة المعتمدة للسند القابل للتحويل محددة بصورة غير قابلة للتغيير ما لم يكن التغيير أو الإضافة على السند قد تم بموافقة الشخص الذي يملك حق التصرف في السند.

وإذا تم إرسال السند فترسل منه النسخة المعتمدة لتحفظ من قبل الشخص الذي يملك الحق فيها أو تحفظ لدى وديع لمصلحة صاحب الحق، ويجوز أن يصدر السند من عدة نسخ تكون جميعها مطابقة للنسخة المعتمدة أصلاً، ويتم التأشير على النسخ بأنها معتمدة أو غير معتمدة.

وعندما يتسلم المستفيد أو صاحب الحق في السند الإلكتروني القابل للتحويل هذا السند يصبح متمتعاً بجميع الحقوق والدفوع التي يتمتع بها المدين بسند خطي قابل للتحويل.

أما حقوق حامل السند العادي والتي يتمتع بها حامل السند الإلكتروني فهي انتقال ملكية السند إليه بما يعني انتقال الحق الثابت في السند، وبالتالي يمكن له أن يتصرف بهذا السند كمالك له، ومالك للحق المدون فيه، وكذلك يتمتع المستفيد من السند بما أوجب المشرع على المنشئ أن يلتزم به وهو الالتزام بالضمان وهو ضمان الوفاء، أما الدفوع التي يمكن لحامل السند الإلكتروني والمقررة لحامل السند العادي

أن يتمسك بها فهي: أن هذا السند انتقل إليه مطهراً من الدفوع على نحو لا يجوز أن يثور في مواجهته أي دفع يعرقل أسباب انتفاعه بملكه، ذلك أن ملكية الحق الثابت في السند تنتقل إلى حامله بانتقال السند إليه.

ويجوز أن يتوفر في مواجهة حامل السند الإلكتروني من دفوع ما أجازه المشرع بخصوص حامل السند العادي وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الدفوع التي لا يجوز إثارتها في وجه حامل السند إذا كان حسن النية

١- الدفوع المستمدة من بطلان العلاقة الأصلية أو فسخها أو انقضائها.

٢- الدفوع المستمدة من انعدام السبب أو عدم مشروعيته.

٣- الدفوع المستمدة من عيوب الإرادة.

ثانياً: الدفوع التي يجوز إثارتها في وجه حامل السند ولو كان حسن النية

١- الدفوع الناشئة عن عيب شكلي في السند.

٢- الدفوع المستمدة من مضمون الورقة كالشروط المعدلة لآثار الالتزام.

٣- الدفوع لنقص الأهلية أو انعدامها.

٤- الدفوع بانعدام الإرادة كحالة الإكراه المادي.

هذا ونصت المادة (٢٤) من القانون على أنه: بالإمكان للآخر الاعتراض على تنفيذ سند إلكتروني قابل للتحويل، وبمثل هذه الحالة أوجب المشرع على طالب تنفيذ السند أن يقدم دليلاً يثبت فيه أنه الحامل الحقيقي للسند، ويمكن إثبات ذلك بإبراز النسخة المعتمدة من السند القابل للتحويل وسجلات النشاط التجاري التي تتعلق بالسند وذلك لغايات التحقق من شخصية حامل السند وشروطه.

البند الخامس: التحويل الإلكتروني للأموال

يتم التحويل الإلكتروني للأموال بمعاملات إلكترونية يطبق بشأنها قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١، ولعل الوقت الذي صدر فيه هذا القانون جاء متأخراً بالنسبة لممارسة عملية تحويل الأموال إلكترونياً، ومع ذلك فقد اعترف المشرع لهذه المعاملات بالحجية القانونية عندما جعل تحويل الأموال بوسائل إلكترونية

وسيلة مقبولة لإجراء الدفع، وفرض على المؤسسات المالية التي تمارس أعمال التحويل الإلكتروني أن تتقيد بأحكام قانون البنك المركزي وقانون البنوك. وأن تتخذ هذه المؤسسات الإجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونة للعملاء والحفاظ على السرية المصرفية.

وأبقى المشرع لهذه الجهة ضماناً للعملاء الذين يتعاملون مع المؤسسات المالية بأن جعلهم غير مسؤولين عن أي قيد غير مشروع يقيد على حساب أي منهم بوساطته التحويل الإلكتروني إذا تم هذا القيد بعد أن قام العميل بإبلاغ المؤسسة المالية عن إمكان دخول آخرين إلى حسابه أو أنه فقد بطاقته أو أن الآخرين ربما تعرفوا على رمز التعريف المتعلق به، وأن يكون العميل قد طلب وقف العمل بالوسيلة الإلكترونية للتحويل.

ومع ذلك جعل المشرع العميل مسؤولاً عن أي استعمال غير مشروع لحسابه بوساطة تحويل إلكتروني إذا ثبت أن إهماله ساهم بصورة رئيسة في إجراء التحويل، وكذلك أن تكون المؤسسة المالية قامت بواجبها للحيلولة دون الاستعمال غير المشروع لذلك الحساب.

هذا وأناط المشرع بالبنك المركزي أن يصدر التعليمات اللازمة لتنظيم أعمال التحويل الإلكتروني للأموال، بما في ذلك اعتماد وسائل الدفع الإلكتروني واعتماد القيد الناتج عن تحويل غير مشروع وإجراءات تصحيح الأخطاء والإفصاح عن المعلومات وأي أمور تتعلق بالأعمال المصرفية الإلكترونية.

وورد في قانون البنوك أن المشرع أعطى البنك المركزي تفويضاً تشريعياً بأن يضع نظاماً إلكترونياً لتحويل الأموال بالتنسيق مع البنوك التجارية وجاء نص المادة (٩٢) فقرة أ من قانون البنوك بما يلي: " للبنك المركزي أن يضع نظاماً إلكترونياً لتحويل الأموال بالتنسيق مع البنوك، وفي هذه الحالة يكون للبنك المركزي الحرية في إجراء الدفع والقبض بوساطة هذا النظام وإعلام البنوك المعنية بذلك.

المبحث الثاني
التشريعات ذات الصلة بالمعاملات الإلكترونية

راودت المشرع فكرة الحديث عن المصغرات الفلمية في أوائل التسعينيات من القرن الماضي لغايات الاعتراف بها كوسيلة تستخدم في المعاملات الإلكترونية بمقولة إنه ينبغي أن يكون لها حجية في الإثبات. وتردد المشرع كثيراً بسن التشريع المناسب رغم أن المشرع الفرنسي قنن المصغرات الفلمية[1] وحجيتها عام ١٩٨٠، وكان قد سبقه المشرع السويدي عام ١٩٧٦، والمشرع الفنلندي الذي اعترف للمصغرات الفلمية بالحجية القانونية عام ١٩٧٣، كما تبنى المشرع الدنماركي فكرة المصغرات الفلمية وسمح بتصوير الحسابات على مصغرات فلمية، وتبنى قاعدة مفادها: إعدام أو إتلاف المراسلات فور تصويرها، أما المشرع الإنجليزي فصدر عنه قانون الإثبات المدني عام ١٩٦٨ وتبنى في هذا القانون مفهوماً واسعاً للمستند المقبول في الإثبات، بحيث شمل إلى جوار المحررات المكتوبة الصور الفوتوغرافية والأسطوانات والشرائط السمعية وغيرها من الدعامات التي تسجل عليها الأصوات وتقبل النسخ والأفلام والشرائط[2].

أما في الولايات المتحدة الأمريكية وكندا فما زالت تعتمد السوابق القضائية والسلطة التقديرية للقاضي في الأخذ بالدليل الأفضل والاعتماد على الشهادة السماعية، وفي الدول العربية اعترف المشرع العراقي عام ١٩٧٣ للمصغرات الفلمية

---

(١) المصغرات الفلمية هي صورة أصل السند الذي يحمل تواقيع أطرافه، ويعبر هذا المصطلح عن الأفلام التي تحمل تسجيلا للبيانات والمعلومات المدونة وتأتي بأفلام مصورة (ميكروفيلم) بأشكال ملفوفة على بكرة مفتوحة Roll Forme او على كاسيت او كارتردج وقد تأتي بأشكال مسطحة Flat Forms مثل المايكروجاكيت micro film jacket والمايكروفيش the micro fiche وهي عبارة عن شريحة مصور عليها المستندات في لقطات على شكل صفوف او أعمدة.

(٢) يحكم النظام الإنجليزي شأنه شأن النظم الأنجلو أمريكية قاعدتان هما:

أ- قاعدة الدليل الأفضل، ومضمون هذه القاعدة ان يقدم الأصل كدليل في الإثبات، وإذا تعذر على من يتمسك بصورة الأصل أن يثبت أنه لم يكن بوسعه الحصول على الأصل.

ب- قاعدة الشهادة السماعية ومضمون هذه القاعدة: ان المشرع يعتمد اعتماداً أساسياً على شهادة الشهود.

ومع ذلك فإن المشرع الإنجليزي اقر بحجية المصغرات الفلمية في الإثبات من حيث المبدأ واكتفى بسلطة القاضي التقديرية في اعتماد ما يقدم إليه من ادلة، انظر د. محمد حسام لطفي. الحجية القانونية للمصغرات العلمية.

بحجية قانونية تماثل حجية أصل هذه المصغرات، وفي لبنان صدر مرسوم عام ١٩٧٧ يسمح لدائرة الأحوال المدنية باعتماد ما تراه صالحاً لإثبات الأحوال الشخصية لمواجهة آثار الحروب الأهلية فيه والذي ترتب عليه إتلاف الكثير من المستندات الخاصة بالأحوال المدنية.

هذا وقد أصدر المشرع الأردني عدة تشريعات اعترف في بعض نصوصها لبعض وسائل المعاملات الإلكترونية بحجية قانونية في الإثبات نوجز الحديث عنها في البنود التالية:

البند الأول: قانون الأوراق المالية المؤقت رقم (٢٣) لسنة ١٩٩٧

نظم المشرع تداول الأوراق المالية من خلال البورصة على نحو تتم فيه صفقات تداول هذه الأوراق بين الوسطاء، ويتم تثبيت هذه الصفقات في سجلات البورصة يدوياً أو إلكترونياً، وجاء بقانون الأوراق المالية نص المادة (٢٤) فقرة ب من القانون حكم مفاده: "تعد القيود المدونة في سجلات البورصة وحساباتها سواء أكانت مدونة يدوياً أم إلكترونياً وأي وثائق صادرة عنها دليلاً قانونياً على تداول الأوراق المالية المبينة فيها بتاريخ تلك السجلات أو الحسابات أو الوثائق ما لم يثبت عكس ذلك"، وتم تأكيد هذا التوجه عند المشرع بصدور قانون الأوراق المالية رقم (٧٦) لسنة ٢٠٠٢ واعترف للبيانات الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب بحجية قانونية في الإثبات واعترف كذلك لتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة الفاكسميلي بحجية قانونية في الإثبات، وورد هذا الحكم بنص المادة (١١٣) من القانون على النحو التالي:

"يجوز الإثبات في قضايا الأوراق المالية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية الصادرة عن الحاسوب وتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة الفاكسميلي، وذلك على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر".

البند الثاني: قانون البنوك رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠

أصدر المشرع هذا القانون بعد ما حدث في الثمانينيات والتسعينيات من القرن الماضي من تطورات علمية وتكنولوجية على نحو كان من المتوقع له أن يعالج ما كان

بالقانون الملغي من ثغرات، ويواكب التطورات الاقتصادية العمليات المصرفية[1]، وتصدى المشرع في هذا القانون إلى وسائل المعاملات الإلكترونية واعترف لها بحجية قانونية في الإثبات، وجاء حكم القانون في المادة (٩٢) يتولى البنك المركزي بمقتضاه وضع نظام إلكتروني لتحويل الأموال بالتنسيق مع البنوك واعترف كذلك للبيانات الإلكترونية والبيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات الفاكسميلي بحجية قانونية في الإثبات.

وفوق ذلك أعطى المشرع للبنوك التجارية حق الاحتفاظ بصورة مصغرة "الميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة" بدلاً من أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات، وأكد المشرع لهذه الصور المصغرة حجية قانونية هي حجية الأصل في الإثبات، كما أعفى المشرع البنوك من الاحتفاظ بالدفاتر التجارية أو تنظيمها إذا كانت تستخدم في عملياتها المالية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة، وجعل المعلومات المستقاة من تلك الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية.

وفي هذا المجال فوض المشرع البنك المركزي بأن يضع نظاماً إلكترونياً للتحويل المالي حيث ورد في نص المادة (٩٢) فقرة ١٥ حكم مفاده أن "للبنك المركزي أن يضع نظاماً إلكترونياً لتحويل الأموال بالتنسيق مع البنوك، وفي هذه الحالة يكون للبنك المركزي الحرية في إجراء الدفع والقبض بوساطة هذا النظام وإعلام البنوك المعنية بذلك".

وكذلك الأمر عندما اعترف المشرع للوسائل التكنولوجية المستخدمة في المعاملات الإلكترونية بحجية قانونية في الإثبات حيث قرر في المادة (٩٢) فقرة ٢ ما نصه:

"على الرغم مما ورد في أي تشريع آخر يجوز الإثبات في القضايا المصرفية بجميع طرق الإثبات بما في ذلك البيانات الإلكترونية أو البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب أو مراسلات أجهزة التلكس".

---

(١) رأينا من جانبنا ان قانون البنوك الجديد لم يلب بكفاية التطلعات التي اتجهت إلى تحديث القانون الملغي، وقلنا: إن القانون الملغي كان يلبي متطلبات الاقتصاد الوطني ويتوافق مع توجهات هذا الاقتصاد بشكل افضل من القانون الجديد.

كما اعترف المشرع بحجية المصغرات الفلمية في الإثبات حيث حلت محل الدفاتر التجارية التي أصبح استعمال البنوك لها اختيارياً بعد أن كان إجبارياً بمقتضى قانون التجارة. وورد حكم القانون في المادة (٩٢) فقرة (ح) يقول: "للبنوك أن تحتفظ للمدة المقررة في القانون بصورة مصغرة (ميكروفيلم أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة) بدلاً من أصل الدفاتر والسجلات والكشوفات والوثائق والمراسلات والبرقيات والإشعارات وغيرها من الأوراق المتصلة بأعمالها المالية وتكون لهذه الصور المصغرة حجية الأصل في الإثبات".

وإنه بموجب حكم القانون في المادة (٩٢) فقرة د أعفى المشرع البنوك من تنظيم الدفاتر التجارية التي يتطلبها قانون التجارة إذا كانت هذه البنوك تستخدم في تنظيم عملياتها المالية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة" وعد المشرع المعلومات المستخرجة من أجهزة الحاسوب وغيرها من الأجهزة التقنية الحديثة بمثابة دفاتر تجارية، وجاء حكم القانون بنص المادة (٩٢) فقرة د ليقرر ما يلي:

"تعفى البنوك التي تستخدم في تنظيم عملياتها المالية الحاسب الآلي أو غيره من أجهزة التقنية الحديثة من تنظيم دفاتر التجارة التي يقتضيها قانون التجارة النافذ المفعول، وتعد المعلومات المستقاة من تلك الأجهزة أو غيرها من الأساليب الحديثة بمثابة دفاتر تجارية".

هذا ومن الملاحظ أن المشرع لم يدرج رسائل أجهزة الفاكسميلي على أساس أنها من الوسائل المستخدمة في المعاملات الإلكترونية، ولم يعترف لها بحجية قانونية وقصر هذا الاعتراف على:

١- البيانات الإلكترونية.

٢- البيانات الصادرة عن أجهزة الحاسوب.

٣- مراسلات أجهزة التلكس.

ولعل المشرع رأى أن الوقت غير مناسب للاعتراف لهذه الوسيلة بحجية في الإثبات لسهولة التزوير والغش في البيانات الصادرة عن أجهزة الفاكسميلي.

البند الثالث: قانون البينات

حدد المشرع الأردني بقانون البينات الصادر عام ١٩٥٢ وسائل الإثبات بأنها:

١- الأدلة الكتابية.

٢- الشهادة.

٣- القرائن.

٤- الإقرار.

٥- اليمين.

٦- المعاينة والخبرة.

ولم يعترف لغير هذه الوسائل بحجية قانونية إلا بصدور القانون رقم (٣٧) لسنة ٢٠٠١، حيث تم تعديل قانون البينات باعتراف المشرع لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني بحجية قانونية هي حجية الأسناد العادية في الإثبات، وأجاز المشرع لمن نسب إليه إرسال تلك الرسائل أن يثبت أنه لم يقم بإرسالها أو لم يكلف أحداً بإرسالها.

ويكون المشرع بذلك قد اعترف لرسائل الفاكسميلي بحجية قانونية شأنها شأن السندات العادية. وبهذا يكون المشرع واكب التطورات التقنية للوسائل المستخدمة في المعاملات الإلكترونية[1].

وورد نص المادة ٣/١٣ من قانون البينات المعدل رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ بما يلي:

"وتكون لرسائل الفاكس والتلكس والبريد الإلكتروني قوة الأسناد العادية في الإثبات وتكون رسائل التلكس بالرقم السري المتفق عليه بين المرسل والمرسل إليه، حجة على كل منهما، وتكون لمخرجات الحاسوب المصدقة أو الموقعة قوة الأسناد العادية من حيث الإثبات ما لم يثبت من نسبت إليه انه لم يستخرجها أو لم يكلف أحداً باستخراجها".

(١) صدر قانون البينات المعدل رقم (١٦) لسنة ٢٠٠٥ وتضمن تعديلاً على أحكام القانون الأصلي رقم (٢٠) لسنة ١٩٥٢ مؤداه اعتراف المشرع لرسائل الفاكسميلي والتلكس والبريد الالكتروني ومخرجات الحاسوب بالحجية القانونية المقررة للأسناد العادية.

الخاتمة

وهكذا نكون قد أنهينا حديثنا عن التشريعات التجارية والمعاملات الإلكترونية بمؤلف أوردنا فيه الكثير عن الماضي والحاضر والقليل عن المستقبل، ذلك أننا إستعرضنا فيه عمليات تجارية تقليدية قديمة، وأحكام الأوراق التجارية والشركات. ثم انتقلنا في حديثنا عن المعاملات الإلكترونية المتطورة: التجارية والمصرفية والمؤسسة على العلم والمعرفة، أو ما يعرف بالتكنولوجيا التي غزت العالم في العقدين الماضيين.

وكان حديثنا في **الباب الأول** عن التشريعات التجارية التي تنظم علاقات التجار بعضهم مع بعض، وعلاقاتهم مع غيرهم من غير التجار، وكذلك الأحكام القانونية التي تنظم المعاملات التجارية، حيث ناقشنا في هذا الباب موضوعات الأعمال التجارية والتجار والعقود التجارية، وقسمنا الباب الأول إلى أربعة فصول تحدثنا في الفصل الأول عن الأعمال التجارية وتقسيماتها إلى أعمال تجارية بحكم ماهيتها الذاتية، وأعمال تجارية بالتبعية، وأعمال تجارية مختلطة، وأعمال تجارية بحرية.

وتحدثنا في الفصل الثاني عن التاجر وما يقع على عاتقه من التزامات، مشيرين إلى أن التاجر شخص قد يكون طبيعياً وقد يكون معنوياً، كما تحدثنا في الفصل الثالث عن المحل التجاري وما يتصل به من حقوق، وكيفية حمايته.

أما الفصل الرابع فخصصناه للحديث عن العقود التجارية، وناقشنا فيه من هذه العقود عقد الرهن، وعقد الوكالة بالعمولة وعقد السمسرة.

وتحدثنا في **الباب الثاني** عن الأوراق التجارية، وفي **الباب الثالث** عن الشركات التجارية حيث بينا التطور التاريخي لهذه الشركات وكذلك التطور التشريعي في هذا المجال، وناقشنا أحكام القانون الناظمة لشركات التضامن، وذات المسؤولية المحدودة، والمساهمة العامة، والتوصية البسيطة، والتوصية بالأسهم، والمحاصة، والمساهمة الخاصة.

وفي **الباب الرابع** كان الحديث عن المعاملات الإلكترونية وبه عرجنا على محاولة لبحث هذه الموضوعات التي ما تزال في جزء كبير منها مجهولة لا يدري بها

الكثير من الناس، وقسمنا هذا الباب إلى فصلين: خصصنا الفصل الأول للحديث عن المعاملات الإلكترونية، وهو ما عنينا به الحديث عن المستقبل، لما له من آفاق ما تزال الرؤية فيها غير واضحة، وتحدثنا في هذا الفصل عن المعاملات الإلكترونية من جهة تعريفها، ومكوناتها، وكيفية التعاقد إلكترونياً، وما يعنيه القيد الالكتروني، ورسالة المعلومات الإلكترونية وتوثيقها، كما تحدثنا عن خصائص المعاملات الإلكترونية والأساليب التكنولوجية المستخدمة في هذه المعاملات بصورة إلكترونية، وأتينا على حديث عن الحاسب الآلي وبطاقات الائتمان كنماذج للمعاملات الإلكترونية.

وختمنا بالفصل الثاني حديثنا عن التشريعات المنظمة للمعاملات الالكترونية وهي القوانين التي صدرت في الأردن وتضمنت أحكاماً تنظم المعاملات الالكترونية، وكانت حسب تواريخ صدورها: قانون الأوراق المالية، وقانون البنوك، وقانون البينات، حيث اعترف المشرع في هذه القوانين بحجية الوسائل الإلكترونية المستخدمة في المعاملات التعاقدية والمالية، مثل: المصغرات الفلمية، والحاسوب، وتسجيلات الهاتف ومراسلات أجهزة الفاكسميلي والتلكس.

وأخيراً صدر قانون المعاملات الإلكترونية رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١ والذي يعد بحق خطوة جريئة لتشجيع التعامل التجاري الإلكتروني، ونتطلع إلى تطويع أحكامه بما يعني استيعابه من قبل الأشخاص المخاطبين به، والمتعاملين بالوسائل الإلكترونية ومن تجري معاملاتهم إلكترونياً، وفي النهاية نحمد الله رب العالمين.

الدكتور

محمود الكيلاني

المراجـــع

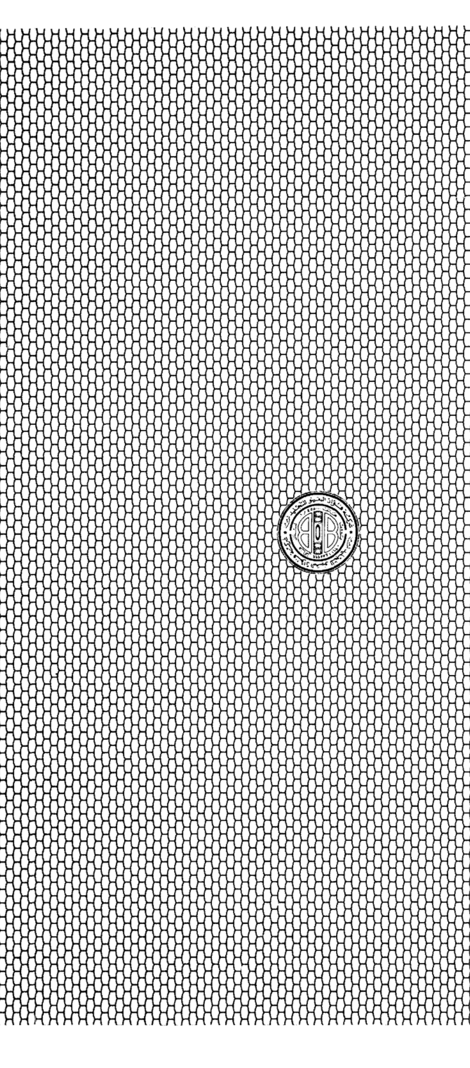
- **د. أبو زيد رضوان:** القانون التجاري والأعمال التجارية ط١٩٨٠ ـ شركات المساهمة والقطاع العام ط١٩٨٣ ـ الشركات التجارية ط١٩٨٨.
- **د. أحمد زيادات ـ د. إبراهيم العموش:** الوجيز في التشريعات التجارية الأردنية. ط١٩٥٥.
- **د. أدوار عيد:** الأسناد التجارية ط١٩٦٦.
- **د. أنور سلطان:** مصادر الالتزام ط١٩٨٧.
- **د. السيد بدوي:** مبدأ حسن النية في المعاملات المدنية. رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة ١٩٨٩.
- **د. أكثم الخولي:** قانون التجارة اللبناني ط١٩٦٧.
- **د. الياس ناصيف:** الكامل في قانون التجارة. الشركات التجارية ط١٩٩٢..
- **د. أمين محمد بدر:** الأوراق التجارية في القانون المصري ط١٩٥٣.
- **د. بضراني نجاة:** الائتمان المصرفي نظرية التوقيع. رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة لسنة ١٩٨٧.
- **د. توريه توفيق:** وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية. رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة لسنة ١٩٨٨.
- **د. جميل الشرقاوي:** النظرية العامة للالتزام ـ مصادر الالتزام ـ ط١٩٨١.
- **حازم الصمادي:** المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية ط٢٠٠٣.
- **د. حسني المصري:** فكرة الترست وعقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة ط١٩٨٥.
- **د. رضا عبيد:** القانون التجاري. العقود التجارية. عمليات البنوك. الإفلاس ط ١٩٨١.
- **سمير نصار:** الشركات التجارية. القسم الثاني ط٢٠٠٤.

- **د. سميحة القليوبي:** الأوراق التجارية وعمليات البنوك ط ١٩٨٦ ـ القانون التجاري. نظرية الأعمال التجارية والتاجر ط١٩٨١ ـ شرح العقود التجارية ط١٩٨٧ القانون التجاري. الشركات التجارية ط١٩٨١ ـ الخصائص المميزة للشركة ذات المسؤولية المحدودة. مجلة القانون والاقتصاد. جامعة القاهرة لسنة ١٩٤٧ العددان ٣، ٤.
- **د. عباس العبودي:** التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري ط١٩٧١.
- **د. عبد الحي حجازي:** سندات الائتمان المصرفية. القسم العام ط١٩٥٧.
- **د.عبد علي الشخانبة:** النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية. رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة سنة ١٩٩٢.
- **د. عبد المعين جمعة:** موسوعة المواد التجارية ط٣.
- **د. عبد الواحد العفوري:** العولمة والجات ط٢٠٠٠.
- **د. عثمان التكروري:** شيك المسافرين. رسالة دكتوراة. جامعة عين شمس سنة ١٩٨٢.
- **د.عزالدين عبدالله:** القانون الدولي الخاص ط١٩٦٢.
- **د. عزيز العقيلي:** شرح القانون التجاري. الجزء الرابع في الشركات التجارية. ط١٩٩٨.
- **د. علي البارودي:** العقود وعمليات البنوك التجارية. ط١٩٨٨.
- **د. علي جمال الدين عوض:** الوجيز في القانون التجاري ط١٩٨٢ ـ التشريع الصناعي ط١٩٦٠ ـ عمليات البنوك من الوجهة القانونية ط١٩٨٩.
- **د. علي حسن يونس:** القانون التجاري ط١٩٦١ ـ العقود التجارية ـ الشركات التجارية ط١٩٩٠.
- **د. علي يونس ـ د. محمد مذكور:** العقود التجارية.
- **د. علي العريف:** شرح القانون التجاري المصري. ط١٩٥٩.
- **عمر حسن المومني:** التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية ط٢٠٠٣.

- د. **فوزي سامي**: شرح القانون التجاري. ج١. ط١٩٩٣ ـ شرح القانون التجاري. ج٤ ط١٩٩٧.
- د. **محسن شفيق**: الوسيط في القانون التجاري. ج٢. ط١٩٥٧.
- د. **محمد بهجت قايد**: الأوراق التجارية الإلكترونية، ط٢٠٠١.
- د. **محمد توفيق السعودي**: شركة الشخص الواحد محدودة المسؤولية ط١٩٩٠ـ تغيير الشكل القانوني للشركات ذات المسؤولية المحدودة. رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة. سنة ١٩٨٨.
- د. **محمد الحاج حسن**: أساسيات علم الحاسوب والبرمجة.
- د. **محمد حسني عباس**: الملكية الصناعية ط ١٩٦٤.
- د. **محمد حسام لطفي**: أثر اتفاقية الجوانب المتعلقة بالتجارة من حقوق الملكية الفكرية "تريبس" على تشريعات البلدان العربية ط٢٠٠٢.
- د. **محمد حسين إسماعيل**: القانون التجاري الأردني ط١٩٨٥.
- د. **محمد صالح**: الأوراق التجارية.
- د. **محمد كامل أمين ملش**: الشركات التجارية ط١٩٨٠.
- د. **محمد العريني**: القانون التجاري ط١٩٨٠.
- د. **محمد علي راتب**: السندات الأذنية ط١٩٤٨.
- د. **محمود سمير الشرقاوي**: القانون التجاري ط١٩٨٤ ـ القانون التجاري ط ١٩٨٦ ـ الالتزام بالتسليم في عقد بيع البضائع. بحث منشور ـ الشركات التجارية ط١٩٨٦.
- د. **محمود الكيلاني**: عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا.رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة ط سنة ١٩٨٨ـ الأوراق التجارية ط١٩٩٤ ـ مبادئ القانون التجاري ط١٩٩٧ ـ التشريعات التجارية وقوانين الأعمال ط٢٠٠٠ ـ التشريعات التجارية والإلكترونية ط٢٠٠٤.
- د. **مراد فهيم**: القانون التجاري.
- د. **مصطفى رضوان**: مدونة الفقه والقضاء في القانون التجاري. ج٢.

- **مصطفى كمال طه:** القانون التجاري ط١٩٨٢.
- **د. مفلح القضاة:** شرح قانون أصول المحاكمات المدنية ط١٩٩٨ ـ الشركة الواقعية ـ الوجود الواقعي والوجود القانوني للشركة الفعلية. رسالة دكتوراة، جامعة القاهرة سنة١٩٨٧.
- **د. نائل عبدالرحمن:** المسؤولية القانونية للمصارف عن جرائم الغش والتلاعب بنظم الكمبيوتر ـ بحث غير منشور.
- **د. نادية معوض:** الشركات التجارية ط٢٠٠١.
- **د. ناريمان عبدالقادر:** شركة الشخص الواحد. رسالة دكتوراة. جامعة القاهرة. سنة ١٩٩٢.
- **د. نزيه محمد المهدي:** نظرية الاستخلاف. مجلة القانون والاقتصاد. جامعة القاهرة. سنة ١٩٨٤.
- **د. وهبة الزحيلي:** حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة ط١٩٨٢.
- **د. يعقوب صرخوة:** العقود التجارية في القانون التجاري الكويتي ط١٩٨٦.
- **د. يوسف الأكيابي:** النظام القانوني لعقود نقل التكنولوجيا ط١٩٨٩.









تصميم وإخراج/ مكتب دار الثقافة للتصميم والإنتاج

